

POR

EL CONDESTABLE DE CASTILLA, Y LEON, DON JOSEPH

Fernandez de Velaſco y Tobar, Marquès de Jodar, y Berlanga, *num.* 71.

EN EL PLEYTO CON

DON FRANCISCO MARIA DE PAVLA, Tellez, Giròn, y Benavides, Duque de Oſſuna, como marido, y conjunta perſona de Doña Maria Fernandez de Velaſco, y Tobar, ſu legitima muger, *n.* 70. y Don Diego Fernandez Piñeiro, ſu Curador ad litem.

Y CON

DONA MARIA DOMINGA, TELLEZ, GIRON, Velaſco, Tobar, y Benavides, hija legitima de dichos Duques de Oſſuna; y ſu Curador ad litem en ſu nombre, *num.* 73.

SOBRE

La ſucceſsion en propriedad de el Mayorazgo fundado con facultad Real por Iuan de Tobar el año de 1442. *de la Caſa, Caſtillo, y Solar de Tobar, y demàs Villas, y Lugares revnidos à èl, que vacò por muerte del ſeñor Don Iñigo Melchor Fernandez de Velaſco,* num. 67. *Condeſtable que fue de Caſtilla, y de el Conſejo de Eſtado.*

1 Retende el Condestable se le absuelva de la demanda, que por parte de los Duques de Ossuna se le ha puesto en esta Chancilleria en el juizio de propriedad à la succesion de dicho Mayorazgo, en virtud de la remission à ella, hecha por la sentencia de Tenuta, que à su favor obtuvo con las mismas Partes en el Supremo, y Real Consejo de Castilla, y se les imponga perpetuo silencio sobre ella, y se le declare en caso necessario por legitimo successor, igualmente en este juizio de propriedad de dicho Mayorazgo, y los revnidos à èl.

2 Los Duques pretenden se declare por legitima successora en dicho Mayorazgo, y revnidos à èl, à la dicha Doña Maria Fernandez de Velasco, y Tobar, y se condene al Condestable à la restitucion de todo ello, con sus frutos, y rentas, desde la contestacion de la demanda.

3 Y aunque es cierto, que en la demanda de los Duques se incluyò à la dicha Doña Maria Dominga de Tobar, Tellez, Giron su hija, tambien lo es, como consta de la conclusion de dicha demanda, que en ella no se pidiò cosa alguna por la persona de dicha Doña Maria; si solo reproduxo generalmente lo alegado en el juizio de tenuta. *Memorial num.* 360.

4 Y por la parte de el Condestable se insistiò, en que en quanto à dicha Doña Maria Dominga no debia responder à dicha demanda; y que la susodicha, y su Curador en su nombre substanciasse su derecho, si alguno intentava, como debia, sobre que formò articulo.

5 Y sobre ello se diò Auto en 11. de Mayo de 1700. mandando, que el Condestable respondiesse derechamente à la demanda puesta en esta Corte por el Duque, sin perjuizio de sus excepciones. *Memor. n.* 367.

6 De cuyo Auto se suplicò por el Condestable, y en 17. de Julio de el mismo año, se confirmò el Auto arriba dicho, con que el Condestable respondiesse derechamente à la demanda puesta por el Duque de Ossuna, como marido de la Duquesa su muger, y su Curador ad litem: (aqui) *Por lo que mirava al derecho deducido por su parte, y no mas. Y en lo que mirava à Doña Maria Dominga, hija de dichos Duques, su Curador ad litem vsasse de su derecho, como le convìniesse.* *Memor. n.* 377. *Memor. n.* 388.

7 En cuya virtud resulta, que à instancia, y consentimien-

miento de el Condeſtable, ſe le entregaron los Autos à el Procurador, à quien el Curador ad litem de dicha Doña Maria Dominga tenia dado poder en eſta Chancilleria, que lo es Coſme de Arellano.

8 Y aviendoſele notificado, bolviò los Autos, y reſpondiò, que à ſu tiempo pediria lo que al derecho de ſu parte conviniesſe; y concluyò. Y en eſta forma ſe proſiguiò el pleyto, ſin que en nombre, ni por la perſona de dicha Doña Maria Dominga ſe aya formado, ni ſubſtanciado pedimento alguno; ſi ſolo preſentado los poderes con nombramiento del Curador de la ſuſodicha: que ha parecido preciſo el prenotarlo, por lo que deſpues ſe dirà en el progreſſo de eſte informe.

Memor. n. 390.

9 Tambien ſe advierte, como lo contiene el Memorial en ſu nota, que aunque el Marques de Valverde, *num.* 74. ſe opuſo tambien à eſte pleyto por ſu derecho proprio, que dixo tener à dicho Mayorazgo, con excluſion à los demàs litigantes, ſu terceria, y opoſicion ſe eſtimò por Auto de reviſta, no poder ſuſpender la viſta de el pleyto en lo principal, y ſe quedò en dicho eſtado, ſin que de ſu parte ſe aya hecho juſtificacion alguna en razon de ſu demanda, ni con èl ſe ha viſto el pleyto.

Mem. fol. 2.

10 Prenotado, pues, lo que dexamos ſupueſto para la juſta inteligencia de el eſtado que tiene dicho juizio en lo demàs, y que conduce à el hecho de èl, mediante el Memorial impreſſo, que de todo ſu contexto ſe ha formado con toda puntualidad por los dos Relatores, que lo ſon de dicha cauſa, me referirè en todo lo que hallare ſer neceſſario, à lo que el miſmo Memorial contiene; cuya ſerie de èl, aunque es bien dilatada, la reducirè à quatro Diſcurſos, comprehenſivos de todos los puntos legales, que inciden en dicho pleyto.

11 En el primero ſe fundarà la ventaja con que el Condeſtable ſe halla en eſte juizio, y el inſuperable derecho, que le conſtituye la ſentencia de Tenuta, que à ſu favor obtuvo.

12 En el ſegundo ſe manifeſtarà evidentiſsimamente, que la ſucceſsion de dicho Mayorazgo, y revnidos à èl, ſe debe governar por la fundacion de Doña Maria de Tobar, *num.* 39. Duqueſa de Frias, hecha con las facultades Reales, que para ello obtuvo: y por la de revnion, que hizo ſu hijo Don Juan de Tobar, *num.* 41. tambien con otras facultades

Rea-

Reales, en 31. de Octubre de 1545. què alteraron en lo que se dirà, la antigua fundacion de Juan de Tovar, de 18. de Febrero de 1442. y que dichas facultades Reales fueron eficazes, y seguras, validas, y permanentes para ello.

13 En el tercero se darà satisfaccion à la Executoria de Tenuta, que ganò el Condestable Juan Fernandez de Velasco, *num.* 54. contra Don Iñigo Sanchez de Tobar, *num.* 57. Marquès de Auñon, su hermano, que le opusieron al Condestable nuestra parte los Duques de Ossuna en dicho juizio de Tenuta vltimo, que siguiò con ellos; y se fundarà, que como en aquel juizio no se hizo estimacion de dicha Executoria de Tenuta del año de 1611. tampoco en este de Propriedad le obsta en forma alguna al Condestable.

14 En el quarto, y vltimo se harà evidente, que ni aun por la fundacion de Juan de Tobar puede suceder la Duquesa, por la incompatibilidad de el mismo Mayorazgo de Tobar, con el Estado de Ossuna, que goza la Duquesa por su matrimonio, que contraxo con el Duque de Ossuna; y que ni Doña Maria Dominga su hija, es, ni puede ser parte legitima, ni con derecho para embarazar al Condestable el que le assiste, y se le adquiriò. Y en cada vno de dichos Discursos nos harèmos cargo con respuesta legal, de lo que por parte de los Duques se quiso fundar en contrario.

15 Cuya distribucion, y assignacion de discursos nos darà aptitud, para con mas claridad, siguiendo su norma, y norte, manifestar el claro derecho que al Condestable assiste, solicitando siempre su mas perfecta inteligencia, imitando en esto lo prevenido por el Consulto *in leg. item veniunt*, §. *præter hæc, ff. de hæredit.petit.* ibi: *Aptanda est igitur nobis singulis verbis Senatus Consulti congruens interpretatio.* Y tambien porque la division sirva de sublevar la inescusable prolixidad de este Informe, si en algun modo se hallare no igual al concisso metodo, que deseamos observar, atendiendo à lo que nota la Glossa *in proœm.instit. verb. Easdem institutiones*, ibi: *Divisio animum legentis incitat, mentem intelligentis præparat, memoriam artifitiosè reformat*; Bald. *in leg. si plures, Cod. de condit.insert.* Purpurato *in cons.* 458.

16 Sin olvidar la advertencia de Quintiliano *lib.*4.*cap.*2. que enseñò consistia la mas prudente brevedad, en dezir todo lo necessario, y no en callar lo que puede ser preciso; son

ſus palabras: *Nos brevitatem in eo ponimus, non vt minus, ſed ne plus dicatur, quam oportet*; pues como èl miſmo dixo *lib.* 10. *inſtit. orator.* no ſiempre el acierto eſtà vinculado à la conciſsion, y procurandole ſe logra en èl la brevedad mas proporcionada, ibi: *Summa hæc eſt rei cito ſcribendo, non fit, vt bene ſcribatur: bene ſcribendo fit, vt cito.* A que alude S. Pedro Chriſologo *ſerm.* 151. *Quia cito ſcribere eſt felicitatis humanæ; cogitare vero, ponderis eſt maximi, & iudicij permaturi.*

17 Todo lo qual, y la diverſidad de los puntos, que ſe ofrecen, y la forçoſa reflexion de ſer eſte pleyto por todas ſus circunſtancias tan recomendable, en donde no permite ſu gravedad cercenar nada de los diſcurſos, que influyan con propriedad en la defenſa, ni tratar concurſiva ſuperficial ligereza aquellas coſas, que dictan pauſadas repetidas ponderaciones, ſin incurrir en la ſevera cenſura de Plinio, que acusò prevaricato eſta indiſcrecion, *lib.* 1. *epiſt.* 20. his verbis: *Frequens mihi diſputatio eſt cum quodam docto homine, & perito, cui nihil æquè in cauſis agendis, vt brevitas placet, quam ego cuſtodiendam eſſe confiteor, ſi cauſa permittat; alioqui prævaricatio eſt tranſire dicenda: prævaricatio eſt etiam curſim, & breviter atingere, quæ ſunt inculcanda, infringenda, & repetenda*, que puede franquear alguna mas, que la ordinaria eſtenſion; mayormente ſi conſiguiere, como pretende mi cuydadoſo deſvelo, llenar mas el aſſumpto, que el volumen: advertencia de Claudiano, en quien la celebrò Sidon. Apolin. *lib.* 4. *epiſt.* 33. ibi: *Curæ fuit, cauſam potius implere, quam paginam*; en el ſupueſto tambien de que, como dixo Salviano *lib.* 1. *de provident. Dei, melius eſt plus probare aliquid, quam neceſſe eſt, quam minus forſitam, quam negotio debeatur*; ſin olvidar tampoco el conſejo de Seneca *in epiſt.* 117. que ſe omita lo iluſſorio, ſiguiendo ſolo el norte de lo ſubſtancial, ibi: *Remove arma illuſſoria, decretorijs opus eſt, &c.*

18 No puedo omitir, à viſta de circunſtancias tan graves, antes de dar principio à eſte informe, que he ofrecido fundar en los quatro diſcurſos, en que và diſtribuìdo en el ingreſſo de èl, lo que el Doctiſsimo D. Rodericus Juarez, Auctor tan iluſtre, como acertado en nueſtra juriſprudencia, reconociò, y confeſsò de sì miſmo en el tratado, que eſcriviò de las *leyes de el fuero, tit. de las juras, num.* 1. en donde interpretando vna doctrina de el inſigne Alphonſo de Montalvo, y refutandole ſu opinion, recuerda, lo que el Doctor

San

San Geronimo *in Prologo Bibliæ, epist. 6.* refiriò à su intento, ibi: *Nec enim*, inquit, *ipse scire dignatur, quid Prophetæ, quid Apostoli senserint, sed ad sensum suum in congrua aptant testimonia, quasi grande sit, & non viciosissimum dicendi genus, deprabare sententias, & ad voluntatem suam sacram trahere repugnantem.*

19 Y prosigue el Doctissimo Juarez, ibi: *Et in hoc vicio incidimus omnes, inter quos maximè sum ego, quia ausus sum ponere manum ad calamum, in doctus, & in sufficiens ad hoc iusta illud Oratij:*

Scribimus in doctique Poœmata passim.

Si este tan ilustre Doctor, y Senador nos dexa esta advertencia en sus escritos, con mucha mayor razon la debo reconocer en mi insuficiencia para la materia propuesta; en la qual por tan grave, tan difusa, y en que tanto se ha escrito, tocante à los puntos, que en ella conciernen, podrà alentarme para entrar en ella, lo que igualmente en defensa de el señor Condestable de Castilla, en el juizio, que litigò, de tenuta el año de 1611. sobre el mismo Mayorazgo de Tobar, con el señor Marquès de Auñon su hermano, tomando la pluma el cèlebre Jurisconsulto Juan Francisco Ponte en sus consejos, *tom. 1. cons. 4.* entra diziendo en el ingresso de èl, en las palabras siguientes:

20 *Post terga tantorum virorum colligam frumenti spicas, si aliquæ remanserunt, siquidem miro ordine, ac per optimas iuris regulas, subtiliaque argumenta, per quam doctissimè causam exaraverunt, & ab hoc etiam me abstinuissem, solaque subscriptione contentus fuissem: sed vt mandatis Illustrissimi, & Excellentissimi Domini Ducis obtemperem, videarque puncta causæ degustasse circa dicta allegata per hos præstantissimos viros, dicam aliqua ex ipsorum dictis recollecta, ac cum illis compatibilia, vt tandem illa magis elucescant.*

21 Con igual precepto, y obediencia al Condestable presente, en el juizio, y pleyto que se sigue, me es preciso manifestar en su defensa los fundamentos legales, que acreditan su justicia, que con mayor eficacia se hizieron notorios en el Supremo, y Real Consejo de Castilla, donde se aprobaron, y estimaron por legitimos, y seguros, como lo comprueba la sentencia de Tenuta, dada à favor de dicho Condestable.

22 Y Porque como previno Justiniano *in Auth. de Tabel.*

bel. collat. 4. nihil est, quambis iustissimum, & manifestum, quod ex industria hominis, non posit recipere aliquam solicitam dubitationem, quem referunt, & expendunt D. Larr. *decis.* 100. *num.* 2. D. Solorç. *de iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 30. *num.* 14. se procurarà desterrar de el todo, la que se nos quiso oponer à la vista de este pleyto por los Abogados de el Duque, incidiendo en lo que el Governador Christiano, Marq. *lib.* 1. *cap.* 31. §. 1. *num.* 17. propone, y dize de los Consulentes Judiciales, notando, que sus discursos, y question es suelen servir mas de confusion, que claridad, para la decision de ellas; para lo qual nos valdrèmos de las distinciones juridicas, y conducentes à el assumpto de nuestro intento.

23 Prenotando antes por regla solida, è indubitable, y en que convienen todos los DD. de que para formar recto juizio en qualquiera resolucion, duda, ò question que se ofrezca, no todas las doctrinas, y leyes se deben, ni pueden vniformitèr, & sub cortice verborum, aplicar en los negocios, y causas emergentes, y que lo seguro es considerar primero las circunstancias de el hecho; y qualidades de que se compone, correspondientes à el caso que se controvierte, para poder aplicar à su decision lo dispositivo de la ley, notat optimè D. Castill. *controvers. cap.* 4. *à num.* 47. y con mas expresion D. Rodericus Iuar. *in leg. quoniam in prioribus, C. de inofficios. testamento, vers. Nec si Iudex essem*, ibi: *Extrahere enim leges à proprijs terminis, est debiare à verò earum intellectu, & per consequens errores, & opiniones causare, tene ergo vnamquamque legem in casu, in quo loquitur, & in causis decidendis non adhereas logicis argumentis; inhereas ergo semper textui, & rationem decidendi in lege positam semper considera.*

24 Dixose por los Abogados de el Duque, en el ingresso de su informe, el que este pleyto era à todas luzes grande, assi por lo deducido en èl, como por las partes que litigan, y Senado tan Supremo, quo pendet; como tambien por la dificultad, que dixeron tener en sì la resolucion de esta causa, puntos, y doctrinas legales, que en ella inciden; à que respondì, y buelvo à recordar ser notoria la grandeza de el pleyto, por las circunstancias de lo pedido, partes que lo piden, y Tribunal tan Supremo, que le tiene visto; en todo lo qual convine con los Abogados de el Duque; no empero en la circunstancia de grande, por la dificultad de la causa, que

que nunca tuvo, ni puede tener en la justicia clara què asiste al Condestable, para obtener en ella; y mucho menos acreditada yà con la resolucion de Tribunal tan Soberano, y Supremo, como lo es el Consejo Real de Castilla, que por Decreto de la Persona Real concurriò pleno à su sentencia de Tenuta, que haze mas firmes, è insuperables los fundamentos, que estàn clamando por la misma justicia, vt ex sequentibus aparebit.

Discurso Primero.

QVE LA SENTENCIA DE TENVTA, QVE EL CONdestable tiene à su favor, es vno de los fundamentos mas principales que le asisten, y haze seguros, y firmes todos los demàs que reproducirè en este informe.

25 TOdo quanto en este juizio de propriedad se dixo, y puede dezir por los Abogados de vna, y otra parte, asi en sus informes verbales à la vista del pleyto, como igualmente por escrito, esso, y mucho mas, considerada la suma comprehension de tan Supremos Senados, como lo fue el de Castilla en su juizio de tenuta, y el de esta Chãcilleria en el de la propriedad, estuvo muy presente para la justa resolucion de la causa, con plenissimo conocimiento, y exactissima indagacion de todos los puntos, y doctrinas legales, por las quales cada vna de las partes fomentava, y quiere mantener su justicia. Y lo que resulta es, que por dicha sentencia de tentua, que todo el Consejo pleno juzgò, y determinò, se acreditò en todo la justicia de el Condestable, como esperamos tambien, quedarà acreditada en este juizio de propriedad.

26 Y con mayor razon lo podemos esperar asi, supuesto que en el Consejo, y juizio de tenuta no ay duda los Abogados del Duque representarian la ventaja con que, dirian, entrava la Duquesa en dicho juizio, como hija primogenita, que se hallava del vltimo posseedor, y en su linea, que era la de succession, y como tal tiene todas las asistencias legales, *cap*. 1. *de natur. succes. feud.* ibi: *Ad solos, & ad omnes, qui ex ea linea sint, & ex qua iste fuit, leg*. 2. *tit*. 15. *part*. 2. vbi D. Gregor. Lop. D. Molin. *lib*. 3. *cap*. 4. *à num*. 13. vbi Add. *num*. 41. & 42. *qui non*

so-

solum in filia, sed etiam pro sorore vltimi possessoris, tenent, quod interim possidere debet; *& cap.6.num.29.*D.Castill.*lib.5. controu.cap. 91.num.61.& cap.92. num. 35.* D. Vela *dissert.49.num.76.* D. Olea *de cess.iur. tit.3.quæst.4.num.15.* Pegas *variar.cap.4.n.17.* D.Valenç. *cons.93. num.11.* Rox. *de incompatib.part.1. cap.6. §. 20. num.300. & §. 19. num.293.* D.Salç. *in Theatr.honor.gloss. 32.à num.106.* Torre *de maiorat. part.1.cap.5.num.29.* Cardin. Luca *de linea legal.art.8 num.43.*

27 Elevarian tambien su defensa à la regla tan conocida, de que el varon de linea transversal; *respectu vltimi possessoris* no debia, ni podia excluir à la hembra, hija de el vltimo posseedor, menos que mostrando voluntad clara, y manifiesta, y que en los tres casos, el claro, ò dudoso estava por ella, y el varon de inferior linea, solo en el claro por su parte podia vencer, D.Molin. *dict.lib.3. cap.4. num.44. & cap.5. num.71.* & ibi Add.D. Vela *dict. dissert. 49. num. 53.* D.Larrea *decis. 34. num.6.*Rox. *dict. part.1.cap.6. num. 151. & 3. part. cap.4. à num.48. quia non datur transitus de linea ad lineam, nisi extinctis omnibus, qui in actuali sunt*; Bald. *cons.200. num.2.* D.Molin. *supr.dict.cap.5. num.72. ex eo, quia linea vltimi possessoris influit maiori efficatia*, en sus hijos, y descendientes, *taliter*, que aun en Mayorazgos irregulares la hija de el vltimo posseedor debe obtener en el juizio de tenuta possessorio, *§. inter filiam si de fœudo fuerit facta controversia*, que exorna Rox. *dict. part.1.cap.6.§.12.à num.150.& 3.part.cap.4.*

28 Y recurriendo à la fundacion de el Mayorazgo, que con facultad Real dexò, y fundò dicho Juan de Tobar, clamarian, que por ella se debia juzgar dicha tenuta, y no por las de Doña Maria de Tobar, ni la de Don Juan de Tobar, su hijo, que bolvieron à fundar con las facultades Reales, que para ellas obtuvieron; contra las quales se opusieron fuertissimamente, alegando el defecto de potestad, y causa justa en su expedicion, y menos solemnidad, con que se avian obtenido, y todos los demàs medios con que los quisieron impugnar, para mantener siempre la fundacion de dicho Juan de Tobar, cuyo Mayorazgo era de succession regular, sin exclusion de hembras; y que en las posteriores fundaciones no se avia podido alterar lo referido, ni la exclusion de hembras en ellas puesta, pudo ser valida, ni estimable en perjuizio de las dichas hijas descendientes

tes de dicho Juan de Tobar, que lo era dicha Duqueſa.

29 Y en la miſma forma en lo tocante à la incompatibilidad, por el gravamen de Armas, y Apellido, que contiene la fundacion de dicho Juan de Tobar (y que le obſta omnimodamente à la Duqueſa, para no poder pretender ſu ſuccesſion) la procuraron desvanecer, moviendo quantos diſcurſos juridicos quiſieron reproducir; ſobre todo lo qual, y cada parte de ello, no omitieron medio, ni fundamento alguno, que ſe perſuadieſſen poderles ſufragar; y lo que es mas, que Senadores tan graves, y Supremos, *in quorum pectorum ſcrinio omnia iura reſident, leg. omnium, Cod. de teſtament. cap. 1. de conſtitut. in 6.* D.Creſp.de Baldaur. *obſervat.42. num. 12.* lo tenian todo mas previſto, que las Partes, ni ſus Abogados pudieſſen repreſentar, y en ſu ſentencia, que dieron, comprobaron evidentemente eſtar de parte de el Condeſtable el caſo claro, y notorio de ſu juſticia; y aſsi lo eſtimaron por ella, y que la Parte de dicha Duqueſa, ni claro, ni aun dudoſo concurria para poder excluìr à dicho Condeſtable.

30 Y ſe debe prenotar aver ido en eſto tan firme ſiempre el Supremo Conſejo de Caſtilla, que ni aun la adminiſtracion de los bienes de dicho Mayorazgo, que entrò deſde luego pidiendo la Duqueſa en dicho juizio de tenuta, fiada en ſu manifieſto derecho, que ſe perſuadia tener à la ſuccesſion de dicho Mayorazgo; y por lo qual (ſi aſsi fueſſe) pudiera tener intento ſe la diſcernieſſe, *ex leg. 1. ff. de legitim. tutor. leg. 3. eodem leg. 1. ff. de bonorum poſſeſſ. furioſ. infant. & leg. 4. tit. 29. part. 2.* D.Vela *diſſert. 49. num. 68.* cum plurib. Rox. *de incompat. part. 6. cap. 3. num. 44.* copioſè Add. D.Joſeph Aguila *dict. cap. 3. à num. 2.* no la logrò, ni ſe la permitiò el Conſejo, mandando reducirlo à ſequeſtro, no obſtante que clamava con el derecho de hija de el vltimo poſſeedor, en fuerza de que deſde luego conſtò, y lo tuvo muy preſente el Conſejo Real, *nullius momenti eſſe*, el derecho, que repreſentava la Duqueſa, como deſpues lo eſtimò por dicha ſentencia de tenuta.

31 En cuyos terminos en eſte juizio de propiedad, por mas que ſe quiera diſuadir, ſe halla el Condeſtable poſſeedor, y reo demandado ſobre el miſmo Mayorazgo, con los efectos de ventaja, que en eſte caſo le conſtituye el derecho, *leg. fin. Cod. de reivindicat. leg. vti frui, ff. ſi vſufruct. peta-*

tatur, ibi: *Vincent eo iure, quo possessores sunt, leg.28.tit.2.part.3.* vbi Greg. Lop. *gloss. fin.* maximè quando en este dicho juizio por la parte de los Duques no se ha adelantado cosa alguna; antesbien por la de el Condestable presentado nuevamente las donaciones Regias; por las quales Juan de Tobar, fundador de el Mayorazgo litigioso, adquiriò los bienenes, de que le passò à fundar (de cuyo efecto, y el que en sì producen sobre el punto principal de la causa, se dirà donde toca) y asi dicha sentencia de tenuta es, y debe ser vno de los fundamentos mas principales, que acredite, y corrobore todos los demàs, que en cada vno de los discursos de este informe, en prueba de ellos mismos manifestarèmos, sin que lo pueda enerbar, ni excluir lo que igualmente contra todos ellos se quiso oponer, notat Bart. *in leg. naturaliter, ff. de adquirend. possess.* Velasco *de iure emphiteut. quæst.9. num.* 12. D. Castill. *de tertijs, cap.7. num.4.* Y en el estado presente nos es muy eficàz tan superior sentencia en exclusion de qualquiera presumpcion de Derecho, que antes de ella se quisiesse dezir assistia à la parte de los Duques, Inocentius *in cap. bonæ memoriæ, el 2. de post. Prælat. num.* 5. Abbas *in cap. cum venissent de institut. num.* 8. vbi Immola *num.* 15. Alex. *cons.219. num.17.* Otalora *de nobilit. 2. part. tert. part. princip. cap. 5. num. 5.* Garcia *in eodem tract. gloss. 5. num. 5. cum seqq.*

32 Y con mayor razon milita esto en la succession de Mayorazgos, en los quales el remedio possessorio, que se introduce en el Consejo, de la *ley* 45. de Toro, segun ella misma no se dà, ni comunica, sino al que fuere legitimo, y immediato successor, ibi: *Muerto el tenedor de el Mayorazgo, luego, sin otro acto de aprehension de possession se traspasse la possession civil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion de el Mayorazgo debiere succeder en èl*; y lo mismo està dispuesto por la *l. 8. tit.7. lib.5. Recopil.* y antes lo tenia advertido la *ley primera, Cod. quor. bonor.* ibi: *Non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, & ad hæreditatem, vel bonorum possessionem admissum probaveris, ita communiter tenent D. Gregor. Lop. in leg. 7. tit.4. part.6. verb. Possession, D. Molin. lib.3. cap.13. num.4. D. Paz de tenut. cap. 6. num.7. vbi sic ait: Tenutam vincere non posse, nisi qui, se verum successorem, & dominum probaverit.*

33 Por cuya causa, idem D. Molin. *vbi proxim. num.* 22. prenotò, que si no fuera por la *ley 10. tit.7. lib.5. Recopilat.* que

re-

remitiò à las Chãcillerias la determinacion de la propriedad, resultàra de las Executorias de tenuta excepcion de cosa juzgada, no solo en lo que toca à la possession, sino aun en lo que mira à la propriedad; pues aunque quiera dezirse, que en dicho juizio de tenuta *non cognoscitur principaliter de dominio, & proprietate successionis; sed tantummodo quatenus est necessarium ad iustificandos colores possessionis*, vt notat D.D. Petrus de Salced. *in dict. legib. Recopil. num.* 67. D. Paz *de tenuta, cap.* 32. *num.* 44. & expressius Roxas *de incompatibilit. part.* 5. *cap.* 5. *num.* 34. D. Salced. *in Theatr. honor. gloss.* 18. & cum alijs Aguil. Add. ad Rox. *dict. cap.* 5. *à num.* 41. el pleyto presente (como es notorio) no corriò en el Consejo en su juizio de tenuta en dicha forma, sino es que plenissimamente, *& vsque ad vltimum apicem* (como lo pedia la causa, su grandeza, y de los litigantes que intervinieron en ella) se controvirtiò, y apurò para su justa resolucion, quanto en ella era preciso, y conducible, y con mayor razon à vista de competidora tan grave, como tuvo el Condestable, que lo fue la Duquesa, hija de el vltimo posseedor, de cuya linea, y derecho no se desviàra el Consejo, à no averle constado, y reconocido por todo el contexto de la causa (que se sigue aora en este juizio de propiedad) el claro, y notorio caso, que le assiste al Condestable en la succession de dicho Mayorazgo, *& eius disceptatio*, podemos dezir, *quod transivit iam per ignem, & aquam.*

34 Y de qualquier modo que se considere, yà que la sentencia en èl pronunciada no nos produzga contra la Duquesa excepcion de cosa juzgada en el juizio presente, que ha movido, concurriendo, y resultando evidentemente no aver en èl reproducido, ni traìdo circunstancia nueva en hecho, ni en derecho, que no se huviesse advertido por su parte en el de tenuta, se promete, y con razon, el Condestable, el que esta Chancilleria no se apartarà de lo que determinò el Consejo, recordando para ello lo que dixo el Consulto, *in leg. filius familias ad legem Corneliam de fals.* ibi: *Sic enim inveni Senatum censuisse, leg. fin.* §. *ex die, ff. de assignand. libert. nam ipse Senatus huic negocio finem præposuit*, Afflict. *decis.* 97. *num.* 11. *& decis.* 383. *num.* 2. Paulo de Castro *cons.* 43. *lib.* 1.

35 Y la razon nace de la suma autoridad, que tienen las sentencias de tan Supremo Tribunal, como lo ponderò la *ley primera*, §. 1. *ff. de offic. Præfect. Prætor.* D. Valenç. *cons.* 40.

num.

num. 55. *& conſ.* 83. *num.* 115. D.Solorç. *de iure Indiar. tom..*2. *lib.*2. *cap.*10. *num.*77. *& cap.*17. *num.* 55. D.Caſtill. *controverſ. lib.*5.*cap.* 89. *à num.*97. *& in tract. de tertijs, cap.*30. *num.*5. ibi: *Et ſequendas eſſe deciſiones Senatuum, vt magiſtrales doctrinas, & communes opiniones tradiderunt Lancelot. de atent.* 2. *part. cap.*20. *limit.*1.*num.*2.*Honded. in conſilijs, conſ.*59. *num.*48. *& id maximè procedere ſi ſint ſententiæ, & definitiones Supremi Conſilij Caſtellæ, aut Romanæ Rotæ, ait Perez de Lara de vit. homin. cap.*1. *num.* 58. *&* 59. cita otros, Otero *de paſquis, cap.*34.*num.*19.

36 Y en la realidad la remiſsion de eſte pleyto à eſta Chancilleria, deſpues de tan acerrimo juizio en el Conſejo, comprueba aver ſido mas por guardar la forma de la ley Real, que por otra cauſa, ni dificultad, pues no la permite la notoria juſticia, que aſsiſte al Condeſtable; de la qual no es facil poderle excluir la Duqueſa, ni manifeſtar (como para ello lo incumbe) derecho claro, y expreſſo; ſin lo qual no ay duda, debe ſer preferido nueſtra parte en dicha ſuceſsion, D.Caſtill. *lib.*5.*cap.* 136. *num.* 68. *& cap.*180.*num.*16. D.Valenç. *conſ.*97. *num.*216. D.Larr. *deciſ.*33.*num.*33. Y texto inrefragable la miſma ſentencia, que lo tiene acreditado, y nos haze mas ſeguros los fundamentos legales, à que darèmos tranſito en los demàs Diſcurſos, ac per conſequens, invtiles, y deſeſtimables todos los que en contrario ſe movieron, y en que de nuevo ſe inſiſte por los Duques, *ad cap. ſubhorta de re iudicat.leg. geſta, C. eodem,* D.Molin.*lib.*4.*cap.*8. vbi Add.cum alijs.

37. Y aunque D.Paz *de tenut.cap.*6.*num.*17. no quiſo conceder prerrogativa alguna à la ſentencia de tenuta, ibi: *Sed tanquam ſi vterque eſſet actor, vterque reus, iudicium finiendum, nulla prærrogativa poſſeſſori data;* ademàs de que(como èl dize)es nueva propoſicion la que en eſto haze, ibi: *Noviter defendimus,* no puede tener lugar en nueſtro pleyto con las circunſtancias que le aſsiſten, en el qual, ni en hecho, ni en derecho, aliud in ſe continet diſputandum, quod in iuditio tenutæ non fuiſſet deductum, & controverſum; y en cauſa de tanta magnitud nullatenus dici poteſt, que por excepciones, quæ altioris indaginis eſſent, tan Supremos Senadores dexaſſen de apurarlas, y governar ſu determinacion con pleno conocimiento de todas ellas, vt notat Carleval *de iudicijs, lib.*1. *tit.*2. *diſput.*5.*à num.*15.*&* 17. maximè quando el hecho de ambos

jui-

juizios es vno mismo, y que aun en terminos, quod in puncto iuris pudiera considerarse altioris indaginis (quod absit dicere in tanto Senatu) no es compatible su sentencia con lo referido; pues en el caso dudoso, ò dificil, que se consideràra, ex iam dictis, la hija del vltimo posseedor obtuviera en la tenuta; y el no aver sido asi, constituye evidencia, de que en hecho, ni en derecho en la estimacion del Consejo tuvo la menor dificultad la succesion, y derecho de el Condestable, y acredita con notable firmeza quanto en este Discurso dexamos fundado.

Discurso Segundo.

QVE LA SVCCESSION DE DICHO MAYORAZGO, y revnidos à èl, se debe governar por la fundacion de Doña Maria de Tobar, y por la de revnion que hizo Don Iuan de Tobar su hijo, con las facultades Reales, que para ello obtuvieron, eficaces, validas, seguras, y permanentes, y lo obrado en virtud de ellas.

38 PAra la justa inteligencia de lo que en este Discurso se ha de fundar, y proponer, se asienta la facultad Real, que Juan de Tobar, *num.* 15. obtuvo de el señor Rey Don Juan el Segundo, para fundar su Mayorazgo el año de 1430. confirmada por otro Privilegio Real el año de 1432. en cuya virtud estableciò su Vinculo, y Mayorazgo el año de 1442. el qual, como resulta de sus clausulas, y llamamientos que à èl hizo, y fundò en Don Luis de Tobar, su hijo, *num.* 30. no dudamos el que contenga en sì vna succesion regular (reservando para el discurso adonde toca el efecto de la clausula 13.) en que passò à poner, en caso de succeder la hembra, el gravamen de Armas, y Apellido que contiene.

Memorial num. 36. fol. 14.

Memor. n. 38.

Memor. n. 55.

39 Posseyendo este Mayorazgo Doña Maria de Tobar, Duquesa de Frias, *num.* 37. nieta de dicho fundador, hallandose en su matrimonio con Don Iñigo Fernandez de Velasco, *num.* 30. (Condestable que era de Castilla) y de su matrimonio con sus hijos, que lo eran Don Pedro, primogento, Don Juan, y Don Bernardino Fernandez de Velasco, Doña Maria, y Doña Isabel de Velasco, *num.* 40. hasta el 44. en doze

Memor.n. 58. ze de Diziembre de 1517. emanciparon dicho Condestable, y su muger à los dichos Don Juan, y Don Bernardino, sus hijos mayores de catorce años, y menores de veinte y cinco, para que puediessen tener qualesquiera bienes, reservando *Memor.n.* 59. en sì el vsufructo de qualesquier donacion, ò donaciones, Mayorazgo, ò Mayorazgos, que le huviessen hecho.

40 En 14. de Septiembre de 1518. los dichos Don Iñigo Fernandez, Condestable de Castilla, y Doña Maria de Tobar su muger, posseedora que era de dicha Casa de Tobar, obtuvieron facultad de los señores Reyes Doña Juana, y Don Carlos su hijo, con relacion, que hizieron, de que el Mayorazgo de Tobar tenia gravamen de Apellido, y Armas, de el mismo linage de Tobar, que la Duquesa siempre avia mantenido por principales; è que era asi, que la Casa de Velasco, de que era posseedor dicho Condestable, el que succedia en ella no se podia llamar de otro Apellido, que el de Velasco, ni traer otras Armas por principales en el Escudo; è que por essa causa en buena conciencia Don Pedro de Velasco, *n.* 40. hijo mayor que era de los susodichos, no podia succeder en ambos Mayorazgos por dicha incompatibilidad de Armas; y que esto no obstante, si dicho Don Pedro de Velasco se entrasse en la Casa, y Mayorazgo de Tobar, aunque despues succediesse en la de Velasco, no podria el siguiente en grado sacar de su poder dicho Mayorazgo, è Casa de Tobar, è quedaria consumida, y olvidada su memoria, è frustrado en todo lo que el dicho Juan de Tobar (fundador de ella) avia establecido, y prevenido para la duracion, y perpetuidad de su Casa. Por lo qual pidieron à sus Magestades diessen su facultad para poder fundar el Mayorazgo de Tobar, y hazerle de segundogenitura, separandole de el posseedor, que lo fuesse, de la Casa de Velasco, como con efecto la obtuvieron, y consiguieron para ello.

Memor.n. 66. 41 Y en virtud de dicha Real facultad, y vsando de ella dicha Doña Maria, con licencia de dicho su marido, en 8. de Octubre del mismo año de 1518. executò, y hizo la fundacion de dicho Mayorazgo de Tobar, reduciendole à segundogenitura, llamando à la succesion de èl à Don Juan de Tobar, su hijo segundo, y separandole de la Casa de Velasco, y su posseedor de ella, y le puso en cabeza de el susodicho. Que *Memor.n.* 88. todo ello, en la misma forma, y estando presente à dicha escrip-

criptura de fundacion, la aprobò, y ratificò dicho Don Iñigo Fernandez de Velaſco, Condeſtable de Caſtilla; y el dicho Don Juan ſu hijo, en virtud de la emancipacion anteriormente en èl hecha, aceptò dicha eſcriptura, y ſe obligò à guardarla, y cumplirla. Y no embargante la poſſeſsion, que ſe le dava de dicho Mayorazgo, dixo, que dexava libremente por vſufructuaria à la Duqueſa ſu madre, por los dias de la ſuſodicha, como lo dexava reſervado, y aſsi lo jurò, y ſe obligò en forma. *Memor. n. 85. 87.*

42 Dicho Don Juan de Tobar el dia ſiguiente nueve de Octubre del miſmo año de 1518. tomò la poſſeſsion de los bienes del Mayorazgo de Tobar. *Memor. n. 88.*

43 Tambien reſulta, que dicha Doña Maria de Tobar, con licencia de dicho ſu marido, en 1. de Março de 1520. con facultad Real, que para ello obtuvo, y con inſercion de ella fundò el Mayorazgo de la Ciudad de Oſma, y ſu tierra, de que oy no ſe trata.

44 Deſpues de eſto en 17. de Abril de 1520. el ſeñor Emperador Carlos V. y la ſeñora Doña Juana ſu madre, expidieron nueva facultad, à inſtancia, y pedimento de la dicha Duqueſa de Frias, y Don Juan de Tobar ſu hijo, cuya era la Caſa, y Mayorazgo de Tobar; en la qual con relacion, que ſe entra haziendo de todo lo haſta alli obrado por la dicha Doña Maria de Tobar, Duqueſa de Frias (que ſe inſerta todo en ella) proſiguen ſus Mageſtades, y dizen, que en la facultad antecedente, no fue expreſſado, ni declarado, el que la dicha Duqueſa de Frias pudieſſe en dicha ſu fundacion, que avia hecho en virtud de ella, llamar, ni excluir à otras perſonas, ni à las hembras; y que eſto ſe dezia ſer muy conveniente, y neceſſario para la perpetuidad, y conſervacion de la Memoria, Caſa, è Armas, è Apellido de Tobar, è que aora ſe les pedia por la dicha Duqueſa, y ſu hijo Don Juan de Tobar, ſe aprobaſſe todo lo haſta alli hecho, è que aſsimiſmo ſe les dieſſe licencia para poder poner, acrecentar, y añadir à la dicha eſcriptura otras clauſulas, y firmezas, vinculos, condiciones, y reglas, ſubſtituciones, prohibiciones, y penas, que les pareciesse: è para excluir otras perſonas, è à las hembras, è à ſus deſcendientes de ellas, de la ſucceſsion de dicho Mayorazgo de Tobar, no embargante ſu fundacion antigua, y derecho de los futuros ſucceſſores, è de las hembras, excluyendolas de todo ello. *Memor. n. 103.* *Memor. n. 105.*

45 Y en fuerza de dicha suplica, los señores Reyes concedieron dicha nueva facultad à la dicha Duquesa, è à su hijo, con aprobacion, y confirmacion de la fundacion antes hecha, y todo lo en su virtud obrado. E ansimismo se la dieron, para que para mayor perpetuidad, è conservacion de la memoria de dicha Casa, è Mayorazgo de Tobar, è de sus Armas, y Apellido, pudiessen acrecentar, y añadir à la dicha escriptura, que ordenassen, otras clausulas, y firmezas, Vinculos, y gravamenes, condiciones, y substituciones, prohibiciones, penas, reglas, y exclusiones de otras personas; y para excluir las hembras, è à sus descendientes de la succession de dicho Mayorazgo de Tobar. Y prosigue la dicha facultad, con todas las clausulas de proprio motu, poderio absoluto, derogaciones, y demàs firmezas para su perpetuidad, y validacion, que en ella se contiene.

46 En 7. de Septiembre de dicho año de 1520. dicha Doña Maria de Tobar, en virtud de esta facultad, y con licencia de dicho Condestable, y relacion, que haze, de la fundacion que tenia hecha de el Mayorazgo de Tobar, por donacion inter vivos en su hijo Don Juan, de que tenia tomada possession, y que todo ello lo tenian aprobado, y confirmado sus Magestades, y dado la nueva facultad (que es la que và referida) para poder añadir, y acrecentar otras clausulas, y exclusiones de otras personas, y de las hembras, y à sus descendientes, por tener por conveniente para la perpetuidad de dicho Mayorazgo, Armas, y Apellido de Tobar, la exclusion de hembras, y sus descendientes, passò à formar dicha exclusion, prefiriendo siempre à los varones de varones, descendientes de los dichos sus hijos Don Juan, y Don Bernardino de Tobar, y buscando à falta de estos, con la misma preferencia, à los varones de varones, que huviesse de Don Pedro su hijo primogenito, y fuessen segundogenitos, y se hallassen desembarazados, y no ocupados con la possession del Mayorazgo de la Casa de Velasco.

Memor. n. 106.

Memor. n. 108.

47 Y à falta de los dichos varones de varones, llamò al hijo varon de la hija mayor de dicho Don Juan de Tobar, y descendientes varones de èl; è à falta de estos, à los de la hija mayor de dicho Don Bernardino; è à falta de estos, à los hijos mayores varones de las hijas de el dicho Don Pedro de Velasco, prohibiendo siempre, que las madres de ellos, aunque

que fuessen vivas, succediessen, porque à las hembras de todo punto las excluìa de la dicha succesion.

48 Y continuando esta misma serie, y forma en la clausula 4. à falta de los arriba dichos, passò à llamar, y llamò al hijo varon segundo, legitimo, è de legitimo matrimonio nacido, de su hija Doña Maria de Velasco, Condesa de Oñate, *num.*43. y en la misma forma llamò, à falta de estos, al hijo varon segundo de Doña Isabel (tambien su hija, Marquesa de Liche, y passò à hazer otros llamamientos, que no conducen. *Memorial num.*111.

49 Fenece esta escriptura, diziendo el Escrivano, por cuyo testimonio passò, averla hecho por otorgamiento, y ruego de los dichos Don Iñigo Fernandez de Velasco, Condestable, y Duque, y Doña Maria de Tobar, Duquesa de Frias su muger, è Don Juan de Tobar su hijo, è que lo otorgaron, y firmaron en el registro de dicha carta, y publica escriptura, è que la escrive, segun que ante èl passò.

50 En 16. de Noviembre de 1520. los mismos señores Reyes Don Carlos, Emperador, y Doña Juana su madre, à pedimento, y por suplica, que à sus Reales Personas hizo para ello Don Pedro Fernandez de Velasco, *num.*40. (que à la sazon se hallava Conde de Haro, è hijo primogenito de el Condestable) con relacion que hizo de las fundaciones anteriormente supuestas à favor de Don Juan de Tobar su hermano, y consentimiento, que para todo ello avia dado, y de nuevo consentia, pidiendo, que sus Magestades lo aprobassen, y confirmassen, y con efecto, por hazerle bien, y à dicho Don Juan de Tobar su hermano, lo aprobaron, y confirmaron todo, y con todas las clausulas, y firmezas conducibles para su perpetuidad, y validacion, de que expidieron su privilegio, y confirmacion en forma. *Memor.n.* 127.

51 Y despues en 17. de Enero de 1522. dichos señores Reyes, à instancia, y por suplica de el mismo Condestable Don Iñigo Fernandez de Velasco, y de la Duquesa Doña Maria de Tobar su muger, y de Don Juan de Tobar su hijo, con relacion del consentimiento de Don Pedro, tambien su hijo, y de la confirmacion Real de dicha fundacion, y demàs escripturas, que vàn supuestas, y se insertaron, y tuvieron presentes, bolvieron sus Magestades à confirmarlo todo ello, y se les despachò privilegio con el sello de plomo, pen- *Memor.n.* 134.

dien-

diente en filos de ſeda, y firmado de los Contadores, y Eſcrivanos Mayores de los Privilegios Reales, y demàs que en aquellos tiempos acoſtumbravan ſubſcrivirlos.

52 Y Don Juan de Tobar, Marquès de Berlanga, *num.* 41. hallandoſe poſſeedor, aſsi de el Mayorazgo de Tobar, como de el de Oſma, Gandul, y Marchinilla, haziendo relacion, de que en eſte, ſegun ſu fundacion, que era con excluſion de hembras, y tambien de los que ſe hallaſſen con los impedimentos, y defectos, que expreſsò à ſu Mageſtad, no podrian ſucceder ſus dos hijos, con que al preſente ſe hallava (que ſon los de el *num.* 50.) por tener dichos defectos, y poder ſobrevenir el ſucceder en el Mayorazgo de Tobar, por no hallarſe eſte con dicha excluſion de los aſsi defectuoſos, ſiguiendoſe de eſto la preciſa diviſion, y ſeparacion de dichos Mayorazgos en perjuizio de la voluntad de ſus padres, que ſiempre avia ſido de que todos ellos anduvieſſen vnidos al de la Caſa de Tobar, para ſu mayor luſtre, y perpetuidad; y que en eſta conformidad ſu intento era reducir à vnion, y conſonancia todos los dichos Mayorazgos, alçando, y quitando para ello la clauſula de excluſion de los que padecieſſen dichos defectos, y no poder hazerlo ſin facultad Real; pidiò à la Ceſarea, y Catolica Mageſtad licencia, y facultad para ello, y con efecto ſe le diò, y deſpachò en toda forma en 1. de Março de 1543.

53 El miſmo Don Juan de Tobar, en 1. de Mayo de dicho año, ocurriò à ſus Mageſtades, y con relacion que hizo aſsimiſmo de averſe dignado darle ſu licencia, y facultad Real (que es la antecedente) para que pudieſſe revnir dichos Mayorazgos, y reducirlos à vna conſonancia, y que avia omitido el repreſentar en ſu ſuplica, el que pudieſſe mantener la excluſion de hembras, que en ſi tenian tambien los Mayorazgos de Oſma, Gandul, y Marchinilla, para que del todo pudieſſe correr dicha revnion, y conſonancia, y que las hembras que pudieſſen pretender derecho al Mayorazgo de Tobar, por dezir no eſtar excluìdas en èl, no lo pudieſſen alterar; pues de otra forma no ſe lograva la revnion, y conſonancia perpetua de todos los dichos Mayorazgos, y que eſto era mas conforme à la voluntad de dichos ſus padres, y eſpecialmente à la de dicha Duqueſa ſu madre, que con facultad Real tenia excluìdas dichas hembras; con la

Memor. n. 141.

la qual dicho Suplicante se queria conformar: Pidiò segunda facultad à sus Magestades para poder mantener en la disposicion, y revnion, que hiziesse, la exclusion de dichas hembras en vnos, y otros Mayorazgos, y con efecto lo consiguiò, y se diò dicha facultad para ello dicho dia.

54 Y en virtud de ambas facultades, y vsando de ellas dicho Don Juan de Tobar, en 31. de Octubre de 1545. executò, y dispuso la fundacion de revnion, y consonancia de vnos, y otros Mayorazgos al de Tobar, para que desde alli adelante todos ellos corriessen, y se regulassen por vno solo y anduviessen en vn solo posseedor. En cuya disposicion (como de ella consta) alçò la exclusion de los que fuessen impedidos, ò defectuosos; y literalmente mantuvo la exclusion de las hembras, queriendo no succediessen, y que en esto se guardasse lo dispuesto por la Duquesa su madre, que con facultad Real las tenia tambien excluìdas en su disposicion, y fundacion de dicho Mayorazgo de Tobar. *Memor. n.* 143.

55 No solo quedò esto executado, y obrado con el complemento que và dicho, sino es que tambien consta, y resulta, que dicho Don Juan de Tobar, antes que falleciesse, dexò interpuesta suplica à las Magestades de los señores Emperador Carlos V. y Doña Juana su madre, para que se dignassen de aprobar, y confirmar su disposicion de revnion, y consonancia de dichos Mayorazgos, hecha en virtud de sus facultades, segun, y en la forma que en dicha dispo sicion se contenia: Y sus Magestades, en vista de todo ello, lo aprobaron, loaron, y confirmaron, como resulta de su Real confirmacion, dada en Ratisbona à 31. de Julio de 1546. que està registrada, y con su sello original.

56 Hemonos detenido en la referencia substancial de vnas, y otras fundaciones, su forma, modo, facultades, y confirmaciones Reales, que las autorizan, y comprueban, por ser, como son, la vasa principal de este pleyto; de las quales, assi en este Discurso, como en los demàs ofrecidos, nos valdrèmos con referencia à ellas mismas, por estar prenotadas con toda legalidad, y sin faltar en nada al Memorial impresso, que con mas estension las comprehende, para que se puedan con mayor claridad percibir, y aplicar los fundamentos legales, que en el progresso de este Informe iràn expressados.

57 Y el primero indubitable, y que no admite controversia, es el que vnas, y otras fundaciones nos manifiestan; por las quales atendida la que hizo dicho Don Juan de Tobar año de 1442. como lo prenotamos en el *num.* 37. de este Informe, reconocemos ser, y aver sido de succession regular; en la qual, y conforme à sus llamamientos (prescindiendo de el gravamen de Armas, y Apellido que contiene) era notorio el derecho, que à la Duquesa assistia, como hija vnica que quedò de el señor Condestable, vltimo posseedor, que fue de èl, sin que la obstasse, ni pudiesse oponer la qualidad de el sexo, si dicha fundacion huviesse mantenido su primera disposicion, y llamamientos.

58 Los quales, por no aver quedado en dicha forma; imò potius alterados por la dicha Duquesa de Frias, nieta que fue de dicho fundador, y posseedora, que se halla de dicho Vinculo, y esto con las facultades Reales que llevamos presupuestas, que aprobaron, y confirmaron la alteracion, y variacion de dichos llamamientos, que ordenò, y dispuso dicha Doña Maria de Tobar el año de 1520. excluyendo literalmente à las hembras de el Mayorazgo de dicho Juan de Tobar, y en que igualmente se conformò con otras facultades, que tambien para ello obtuvo dicho Don Juan de Tobar su hijo, en dicha disposicion de revnion, y consonancia de vnos, y otros Mayorazgos, que dexamos prenotados, se nos debe confessar, que por dichas vltimas disposiciones, y alteraciones dicho Mayorazgo de Juan de Tobar, y demàs agrevnidos à èl, quedaron reducidos en su succession à vna agnacion pura, natural, y verdadera, en quanto pudiessen conservarse varones de varones, descendientes por linea recta masculina, y agnaticia, de los hijos que tenia dicha Doña Maria de Tobar; y cessando esta agnacion natural, passò tambien à buscar, y formar, como formò, otra agnacion artificial, y ficta, en los varones de varones de las hijas de sus hijos; y à falta de estos, en los varones de sus propias hijas, poniendo por regla fixa, y voluntad expressa, el que las hembras nunca succediessen, ni pudiessen succeder.

59 Y assi es incompatible en el estado presente, y despues de dichas vltimas fundaciones, y disposiciones, negar el derecho notorio que assiste al Condestable en la vacante de dichos Mayorazgos, como varon agnado, verdadero, y na-

natural, que se halla descendiente por linea recta màsculina de Don Juan de Tobar, *num.* 41. hijo de dicha Doña Maria de Tobar, que con dichas facultades estableciò, y dexò dicha nueva norma de succesion; conforme à lo qual à la Duquesa de Ossuna (aunque descendiente legitima de el mismo Don Juan de Tobar, y hija de dicho señor Condestable, descendiente tambien, que fue, por linea recta masculina de dicho Don Juan de Tobar, y en el qual, como hermano mayor, que fue, de el padre de el Condestable nuestra parte, recayeron dichos Mayorazgos, y los gozò, y vacaron por su muerte) nada de esto la puede sufragrar, respecto de hallarse por la calidad de el sexo excluìda de dicha succesion, y no capàz para poder conservar la agnacion establecida, y prevenida por dichas fundaciones posteriores, que se halla existente en la persona de el Condestable, que oy litiga, como varon agnado, y el mas proximo al vltimo posseedor.

60 Todo esto no lo ignoran, ni pueden faltar à reconocerlo assi los Abogados de la Duquesa, y su refugio, y vnico empeño, en que insistieron en el juizio de tenuta, y es igualmente el que reproducen, y refrican en este de propriedad (elevandole à lo mas sagrado, y soberano, que es la potestad del Principe) es el querer persuadir, que en el estado presente, y despues de mas de ciento y ochenta años, que Doña Maria de Tobar hizo su disposicion, confirmada, y aprobada con tan repetidas facultades, y las que igualmente obtuvo Don Juan de Tobar su hijo, assi para disponer la revnion, y consonancia de dichos Mayorazgos, como para su confirmacion, todo esto se aya de desvanecer, y quedar sin efecto con la disputa, que tan sin razon forman de defecto de potestad en las Personas Reales para ello; y que todas sus facultades, y confirmaciones de lo que en virtud de ellas se obrò, no se ayan de atender, y apreciarse solo la fundacion de dicho Juan de Tobar, en conocimiento claro, que de otro modo no les es dable poder calificar à la Duquesa su parte por successora en dichos Mayorazgos, ni con derecho alguno à la demanda en propriedad, que tienen puesta.

61 Con que si acertasse à reproducir en este Informe, lo que à la vista de el pleyto en Estrados expressè, y fundè en exclusion de los argumentos logicos con que se procura-

ron en contrario impugnar, è invalidar dichas facultades Reales, y fundaciones en su virtud hechas, *removendo illussoria, & decretorijs vtendo (vt dictum est cum Seneca)* quedaria en todo libre, è indemne nuestra pretension, y segura su defensa para obtener en ella (debaxo de la censura de tan Supremo Senado) quando el Real de Castilla en su sentencia, y resolucion, que diò, tanquam per digitum, melo està demostrando para mi mayor acierto, que procurarè solicitar en la expression de los fundamentos siguientes.

62 En diversas classes han discurrido los DD. de mayor autoridad la potestad de el Principe, para estimarla mas, ò menos poderosa, aunque muchos la contemplaron de tan soberano poder, que tuvieron por arrojo, y censuraron el sujetarla à disputas, como especie de sacrilego desacato, *text. vulg. leg.3. Cod. de crimin. sacrileg.* ibi: *Sacrilegij instar est dubitare, an is dignus sit, quem elegerit Imperator; leg. 5. Cod. de diversis rescript.* Petra *de potest. Princip. cap.1.* Mieres *de maiorat. part.4. quæst. 1. à num.85.* & alios referens D.Larr. *decis.8. num.1.* ibi: *Summi Principis, & Regum potestas, quæ vt Sol orbem illustrat, altior est, vt à nullo tangi possit, ne eius radi nebulis disputationum obsolescant, & instar sacrilegij censeri debet de ea discutere, quia disputando de potestate Principis, facit se superiorem, vel parem ipsi, & ponit sedem suam super Aquilonem, tentando esse similem Altissimo.* Cuyas palabras comprueban no deberse entender, *dict. leg.3. de crimin. sacrileg.* con la limitacion, y especialidad de nominacion, ò eleccion que el Principe haze, sino tan congetural, como es su razon de decidir, y en cuya consideracion el doctissimo D.Olea *de cess. iur. tit.3. quæst.8. num. 26.* assegurandonos mas esta proposicion, con ocasion de el caso que propone, no yà de nominacion, ò eleccion, que el Principe huviesse hecho, sino de otra regalìa, que queria controvertirse, de que de ninguna forma dize querer formar question, ibi: *De quo non disputo.* Y dà la razon, ibi: *Ne videar de potestate Regia dubitare, quod adinstar sacrilegij est iuxta textum in leg. dubitare, 3. Cod. de crimin. sacrileg.* Con que esta ley, en el sentir de este gravissimo Senador, se considera igual, y digna de general atencion circa potestatem Regiam en todas sus operaciones.

63 Compruebalo mas el ser totalmente dilatados los limites de la potestad Regia; maximè en todos los actos que dependen de el Derecho, y disposiciones civiles, subordinadas

das todas al libre, y superior arbitrio de el soberano, para limitarlas, interpretarlas, y derogarlas, como inseparable efecto de su regalìa; en la qual depositò el Pueblo todo el imperio, y potestad legislativa, productiva de dicha autoridad, que se llamò *Ley Regia*, de que hizo memoria *Iul.Cæs.Bullenger.de Romano Imperio, lib.1.cap.32.y Iustiniano in §.6.inst.de iur. natur.gent.& civile*, ibi: *Sed quod Principi placuit legis habet vigorem, &c.leg.2.tit.1.part.2.* vbi D.Greg.Lop. *Arism.Tepat.variar. cap. 1.de Principis potestate per tot.* Pat. Suar.*de legib.lib.1.cap.8. etiam per tot.*

64 Pero sin valernos de tan elevada consideracion, yà porque el derecho de el Condestable no necessita de tan mendigos sufragios de defensa, ò porque la justissima moderacion de los Principes Españoles ha permitido la prudente sindicacion de sus rescriptos, como ponderò Capicio Galeota *en el 28. de sus responsos Fiscales, num. 7. & sequentib.* entrarèmos voluntariamente en la disputa, de si el Principe puede conceder facultad para alterar los Mayorazgos, y mudar sus condiciones, calidades, y llamamientos, para discernir, y comprobar, si tuvieron eficacia las concedidas à Doña Maria, y Don Juan de Tobar su hijo, fiando hazer mas evidente la justicia, que defendemos, quanto mas oprimida en la prensa de la altercacion, *vt notatur in leg. munerum fin. §. iuxta 26.ff. de munerib.& honorib.* ibi: *Herenius modestinus, & notando, & disputando benè, & optima ratione decrevit, leg. Divi fratres 17.ff. de iure patronat. cap.grave 38.q.9.*

65. Y con mayor razon, respecto de que la justicia, y la verdad, aunque mas procure obscurecerse, *quo magis opugnatur, eo magis emicat, atque illustratur, & super omnia vincit.* Gloss. *verb.Postquam, in cap.cum Ioannes de fide instrum.* Afflict.*decis.253 num.7.* Barb. *voto decis. 76. num. 74.* y de tal suerte, *quod licèt in causis nullum Patronum, aut defensorem obtineat, tamen per se ipsam defenditur, Cicer. in orat. pro Celio, quem laudat D.Solorç. de iur. Indiar.tom.1. lib.1. cap.4. num.10.* Et ibi: *Est magis gloriosa, & secura victoria, vbi fuere laboriosa certamina, Divus Ambros. lib.2. officior. cap.15. D.Valenç.cons.92.num.164.Escovar de purit.part. 1.quæst.11.§.2.num.44.*

66 Varios han sido los medios, que los Abogados de el Duque en su defensa nos han querido mover en ambos juizios, assi de tenuta, como en este de propiedad, para des-

vànecer la juſticia, y verdad que aſsiſte al Condeſtable, *ſed veritatis indagatio non laborioſa, quando pro veritate quis ſtat: contra autem pro impugnatione veritatis cum labore, & languore trahuntur argumenta.* Federicus de Senis *conſ.*254. *in princip.* de quien lo refiriò Thuſco *litter.V. concluſ.*160. *num.* 1. *& licèt veritas aliquando laborare poſsit, extingui vero numquam*; y pues como tal ſaliò acreditada à favor de el Condeſtable en dicho juizio de tenuta, entrò con grande confiança en eſte de propriedad, que no ha de permitir la Providencia Divina, que perezca, pues dize, provoca ſu ira, quien la oprime, y quien viendola oprimida, no la defiende, *cap. nolite timere* 86. 11. *quæſt.*3. D. Valenç. *conſ.*11. *num.*55. y que à los ſeñores Juezes, que anſioſamente la inquieren, y ſolicitan para determinar, les abrirà camino, para que la hallen, *vt probatur ex leg.* 1. *& leg. nemo, Cod. de ſentent. & interlocut. leg. Iudex, Cod. de iudicijs, leg.*3. *tit.*22. *part.*3. *leg.*10. *tit.*17. *lib.*4. *Recop.*

67 Y procediendo con la inſinuada ſeparacion en razon de la poteſtad Regia, ſe ſubſigue la diferencia entre el fuero interno, y externo, y judicial; porque en el interno no ſe permite al ſoberano mas, que la regla de razon, y juſticia, ſujetando à ella ſus operaciones con la miſma preciſion, que las de otro particular, de que no puede el juizio contencioſo tomar cuenta, ni razon, como reſervada al Señor de los ſeñores, y Rey de los Reyes; y no debiendo influir eſtas reglas en el fuero externo, y contencioſo, en que ſon mas dilatados los limites de la ſoberana poteſtad, ſe diſcurrirà con las razones, y autoridades, que ſon peculiares de la queſtion, por no incurrir en la impropiedad que notò el Cardenal Luca *de Regalib. diſc.*148. *num.*11. *& diſ.*177. *num.*5. *&* 6.

68 Siguеſe reconocer aſsimiſmo la gran diſtancia, que ay inter ius quæſitum, & quærendum, aptitudinarium, ſeu in ſpe; en los quales el exercicio de la poteſtad Regia es mas duro, y dificil, llegando à perjudicar derecho cierto, que otro tenga adquirido, y radicado en los bienes de que ſe diſpone, quanto facil, y ſuave en quitar, remover, ò minorar, el derecho dudoſo, y que ſolo conſiſtia en eſperança, ò probabilidad, ſin prenda alguna de actual poſſeſsion, y aquel ſe dize derecho perfectamente adquirido (en el ſentido legal) à quien aſſegura la actual aprehenſion por los medios dictados de las diſpoſiciones comunes de el Derecho, *leg.*

cum

cum hæredes, ff. de adquirend. possess. ibi: *Possessio autem, nisi naturaliter fuerit apprehensa, ad nos non pertinet, leg. qui vniversas* 30. *§. quod per colonum, ff. eod. cum vulgatis*; los quales establecen, y asseguran el entero dominio de las cosas en aquel estado perfecto, que contempla el Derecho Natural, y de las Gentes, negando esta prerrogativa à las artificiosas suposiciones civiles, *leg. traditionibus*, 20. *Cod. de pact.* vbi Gotophred, *leg.* 7. *§. fin. ff. pro empt. leg.* 46. *tit.* 18. *part.* 3. ibi: *Que passa el Señorìo de la cosa à aquel à quien apoderasse de ella. Et in proœmio, tit.* 30. ibi: *E porque tal ganancia non se puede facer, à menos que el home aya la possession, è la tenencia de ellas,* vbi Gregor. Lop. *gloss. verb. Possession*, D. Molin. *de primog. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 29. Gom. *in leg.* 45. *Taur. à num.* 2. & cum plurib. Hermos. *leg.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 3. *ex num.* 11. *& seqq.*

69 Nada de lo qual tiene en sì, ni tal especial gerarquia el derecho aptitudinario, quærendo, seu in spe, frasses, con que explican las leyes, y DD. la probable de adquirir, que si bien es estimable en algunas ocurrencias, en que permite la disposicion legal, que se pueda deducir en convenciones, y tratados, *leg. nec emptio, §. fin.* ibi: *Quia spei emptio est*; *leg. si avia, C. de iure de liber. leg. si filio familias,* 11. *ff. ex quib. causis in possess. leg.* 7. *ff. de hæredit. vel action. vindit. leg. spem* 3. *C. de donationib.* D. Vela *dissert.* 11. *à n.* 4. & plures apud D. Oleam *tit.* 3. *quæst.* 10. *n.* 11. Empero no tiene en realidad otra existencia, que la imaginaria, que le finge la aprehension, y por lo qual no se estima, ni computa entre los demàs bienes de entero dominio, ni se aprecia capàz de menoscabo, perdida, ni detrimento, respecto de que en ningun caso se puede (con propriedad) sujetar à la obtencion, *leg. & quæ non dum, ff. de pignorib. leg. non potest, ff. de condit. ob caus. leg. non videtur,* 83. *ff. de reg. iuris, leg. substitutio,* 42. *ff. de adquir. rer. domin.*

70 Y assi los AA. vnos le consideran nada, otros humano deseo, y todos enseñan ser vna desnuda esperança, ò simple espectacion, y derecho imperfecto, en que no se puede hazer assumpto para las disposiciones humanas, videndus Narb. *de ætate, quæst.* 12. *anno* 7. *quæst.* 12. *num.* 4. Hermosill. *in leg.* 13. *tit.* 5. *part.* 5. *à num.* 14. & quos adducit D. Olea *dict. quæst.* 10. *num.* 12. D. Cresp. *obseru.* 24. *n.* 24.

71 Y quien mas bien nos propone esta diferencia, inter ius quæsitum, & ius de futuro, y quan sin substancia, ni

en-

entidad sea este, en los mismos terminos, que se questionan de futuros successores en el Mayorazgo, es el señor Luis de Molina *de primog. lib. 3. cap. 14.* (y notese este lugar por lo que adelante dirèmos) en donde disputa: *Vtrùm viuente actuali possessore maioratus*; podrà, ò no el de la familia, y comprehendido en sus llamamientos deducir en juizio el derecho in spe, que en èl tiene (*hoc est*) que se le declare para despues de los dias de el que le està gozando, por immediato, y successor legitimo; y à *num.* 1. lo funda pro parte afirmativa, movido de èl *text. in leg. 1. Cod. de fideicommiss. vbi probatur legatarium posse agere pro legatis annuis, non solum sibi debitis, verum etiam in futurum debendis, & præstandis, quorum dies non dum cesserat, ex qua leg. communiter dici solet, super iure de futuro iudicium institui posse.* Prosigue con otros fundamentos, y desde el *num.* 10. funda la opinion contraria, y en el *num.* 17. manifiesta su sentir, ibi: *Quamvis quæstio hæc satis dubia, atque controversa sit, ego tamen hanc secundam opinionem, tanquam veriorem, & probabiliorem elegi*; y passa à dar respuesta à los fudamentos de la primera opinion; y respondiendo al *text. in dict. leg. 1. Cod. de fidecom.* dize no obstar à su doctrina, y opinion, *ex eo, quod illa lex procedit, & locum habet, quando de præsenti competit aliquod ius deducibile in iudicio, & in eius consequentiam venit aliud ius futurum, seu conditionale: tunc enim propter ius de præsenti toleratur, vt in eius consequentiam ius futurum, seu conditionale in iudicium deducatur,* (aqui) *secus autem quando nullum ius præsens competit, sed solum ius futurum in iudicium deducitur, vt in casu de quo agimus; tunc nam que notissimum est, quod tale ius futurum, seu conditionale non potest in iudicium deduci.*

72. De cuyo argumento, y respuesta, y de tan gravissimo Senador, ex ore ipsius, prenotò dos cosas muy eficaces, y propias de la question de esta causa; la primera es en razon de el mismo punto, en que estamos, en el qual el mismo señor Molina manifiesta, y enseña, que el derecho futuro, seu in spe de los llamados en vn Vinculo, tanquam nihil in se continens, nec de præsenti habens, no le estima por de entidad, ni capàz, & tanquam nullius esse, para deducirle en juizio. Y esto aun estando existente, y nacida la persona, que en fuerza del llamamiento, que en èl tiene, le quiere deducir, y valerse de èl; con que mucho menos podrà tener essencia, ni qualidad considerable en la que no estava nacida, ni naciò

ciò en mas de 260. años despues de la fundacion de dicho Vinculo: Lo segundo, que segun su mismo sentir, en lo que en este capitulo propone, y resuelve, no parece compatible que el Mayorazgo por la aceptacion de el primero produzca, y cause æqualiter cæteris, & si non natis, sed ex post facto nascituris; derecho perfecto, y radicado en ellos, invariable etiam ex potestate Principis; cuyo derecho si assi fuera, le estimàra por capaz el señor Luis de Molina, segun su doctrina, propuesta *in dicto cap.* 14. para deducirle en juizio; y el no permitirlo, es por no tener, tunc temporis, el comprehendido en los llamamientos (no obstante ellos) ius radicatum, nec de præsenti, sed solum modo ius de futuro inepto; y sin entidad, para que pueda moverle, ni en su virtud poder parecer en juizio, viventi actuali possessore.

73 Por lo qual aun no permite capacidad à la duda el comun sentir de los DD. circa potestatem Principis in iure de futuro, como refiere D. Greg. Lop. *in leg. 6. tit.* 11. *part.* 6. *gloss. Que la non pudiesse vender*; Scipion Robit. *cons.* 15. *num.* 31. *versic. Exquibus*, ibi: *Quia de potestate Principis auferentis per suas litteras ius futuri fideicommissi non est dubitandum.*

74 Dexamos otras distinciones, que prenotarèmos, donde fueren necessarias, recordando solo para el progresso de este discurso, el estado en que se hallava el Mayorazgo de Juan de Tobar, calidad de las personas, que proximamente contemplavan el derecho de succeder en èl, quando se executaron las alteraciones, y disposiciones nuevas, que defiende el Condestable, que han de dàr ley à la succession en este juizio.

75 Y como de ellas mismas se comprueba (segun lo dexamos prenotado) Doña Maria de Tobar fue la que con facultad Real, que ella misma obtuvo, hallandose posseedora actual de dicho Mayorazgo, alterò sus llamamientos, hallandose entonces en su matrimonio con el Condestable Don Iñigo Fernandez de Velasco, y con sus hijos de èl, que lo eran Don Pedro Fernandez de Velasco, *num.* 40. que sucediò en los Estados paternos, Don Juan de Tobar, *num.* 41. en quien hizo dichas fundaciones, y Don Bernardino de Velasco, *num.* 42. con que tunc temporis, no existia hembra alguna, que proxima, y formalmente se debiera juzgar

perjudicada en estos actos, ni la avia tal que pudiesse concebir aparentes esperanças à la succesion de estos bienes, ni Doña Maria, y Doña Isabel de Velasco, *n.* 43. *y* 44. hijas que entonces tambien se hallavan de dicha D. Maria de Tobar, podian representar derecho alguno, proximo, ni formal, respecto de hallarse con los tres hermanos que las preferian. Y assi solo se pudo tener presente el derecho futuro de ellas, y de las que posteriormente naciessen, el qual, tanquam infieri, seu ius quærendum, es tampoco impeditivo, ni atendido en las Mercedes, Previlegios, y Concessiones Reales, que los que mas quisieron censurarlas, y con mas atencion procuraron estrechar los limites de la potestad Regia, no le indultaron de sus influencias, y le quedaron sugeto al arbitrio de el Principe en todos los casos que voluntariamente resolviò derogarle, *ex leg. fin. C. de adquirenda possess.* Bart. *in leg. Gallus*, §. *& quid si tantum*, *ff. de liber. & postum. num.* 14. vbi communitèr DD. Abb. *in cap. nobis de iudicijs, numer.* 26. *& in iure spe quæsito cum plurib.* Ciriac. *tom.* 2. *controu.* 312. *numer.* 20. Burg. de Paz *in proœm. leg. Tauri. num.* 322. Escov. *de purit. part.* 1. *quæst.* 13. §. 4. *à numer.* 13. porque este derecho in spe, quando sea capaz de alguna entidad, es ideada, y compuesta de las ficciones artificiosas de el Derecho Civil, sin disputa inferior, y sugeto à la absoluta, y libre resolucion de el Soberano, en quien reside la inviolable potestad de derogarle, *cap. propossuit de concess. præbendæ, leg. si quis*, §. *si is pro quo, ff. quod quisque iuris*, D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 15. D. Roderic. Suarez *allegat.* 12. *num.* 54. D. Larrea. *allegat.* 115. *num.* 47. *& cum plurib.* Barb. *claus.* 175. *à num.* 2.

76 Por cuyos motivos, y las decisiones de el texto, *in cap. nos quidem, de testamentis, Clement. quia contingit, de religios. domib. leg. legatum, ff. de vsu, & vsufruct. legat. leg. legatam*, 4. *ff. de administrat. rer. ad Civit. pertinent. leg. pecuniā*, 6. *ff. de operib. public.* de quibus Cast. *de aliment. cap.* 3. *à num.* 27. Mostaz. *de caus. pijs, lib.* 1. *cap.* 14. *à num.* 1. estimaron eficàz la facultad Real para poder alterar los Vinculos, y Mayorazgos antiguos, Bald. *in leg. nam, ita divus, ff. de adoptionib.* Socin. *cons.* 87. Alex. *cons.* 2. *num.* 14. y otros infinitos AA. antiguos, quos refert D. Mol. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 28. Paz *in proœmio leg. Tauri, num.* 323. y formalmente Giurb. *de fæud. cap.* 18. §. 1. *gloss.* 8. *numer.* 59. *&* 60. ibi: *Quia respectu illius novi successoris de iure adquirendo agebatur,*

tur, quod potuit à Principe tolli; Peregrin. *cons.* 8. *num.* 7. Mart. *de success. legal. part.* 1. *quæst.* 23. *artic.* 3. *num.* 60. ibi: *Princeps enim iuri sub spe, quod alio modo ius quærendum appellari solet; recte derogat, nec derogando præiudicat*; & ibi: *Imò præiudicium dependens à futuro eventu, quod potest contingere, & non, nullius est considerationis.*

77 Es formal el consejo de Scipion Robit. 15. por el Duque de Sesar, contra el Marquès de Poza, sobre el Mayorazgo de Baena, que con facultad Real se derogò su Mayorazgo antiguo, y se reduxo à nueva forma la succesion de èl, *ubi num.* 21. *asserit absque dubio, quod dicta derogatio potuit fieri in præiudicium, tàm Ioannis Roderici, quàm eius successorum, etiam sine causa, cum eo tempore nullum fuisset eis ius adquisitum in vita primi adquisitoris, quia nondum cesserat dies, seu delatio maioriæ*: Sequitur Liceriel. *de primog. lib.* 3. *quæst.* 2. *ubi post disputatum ad partes articulum, an Princeps possit tollere ius primogenituræ, & alteri conferre, num.* 18. *distinguit, & distinguendo concludit, quod in rebus quæsitis non potest præiudicare sine causa, sed in quærendis potest tollere*; y concluye Scipion, ibi: *Ex quibus firma manet hæc prima conclusio, quod per illam derogationem factam à Rege Ioanne II. fuit pœnitus, & omnino sublatus maioratus institutus, per Regem Ioannem I.* y à este mismo assumpto escriviò Menoch. *cons.* 993. y se determinò en favor de las alteraciones, y disposiciones nuevas, calificando la potestad de el Principe, poderosa en tales providencias.

78 Es tambien puntual sobre lo mismo el consejo de Don Juan Francisco Ponte 152. *num.* 6. ibi: *Aut verò hæreditas non est addita, sed tantum ius succedendi delatum, & tunc procedit legitimatio in favorem agnatorum, quia istud ius deferendum est merè de iure civili, quod Princeps tollere potest*; & *cons.* 154. *num.* 4. ibi: *Quod dum tractatur de iure in spe potuit, & potest Rex dispensare, & habilitare fœminas, alias exclusas in præiudicium agnatorum*; sequitur D. Greg. Lop. *in leg.* 3. *tit.* 13. *part.* 6. *glos. verb. Mugeres, quæst.* 21. donde disputada formiter la misma question, la resuelve en favor de la potestad Regia, movido de las razones legales que dexamos prenotadas, ibi: *Contrariam tamen partem, imò quod Princeps possit disponere contra contempta in testamento*, tenet Bald. *in leg. si testamentum. Et quod Princeps de plenitudine potestatis possit auferre, etiam sine causa, ius futuri fideicommissi ex testamento voluit*; Alex. *cons.* 2. *dicens talem adquisitionem esse de iure*

civili, leg. obvenire, ff. de verb. significat. referens ita fuisse iudicatum; & forte istud vltimum videtur de iure verius.

79 La misma doctrina prevaleciò en el dictamen de Antonio Thesauro *decis. 217. num.* 10. donde expressamente funda, que el derecho in spe immaturo, è imperfecto, que se contempla en los llamamientos à la succession de el Mayorazgo, ò fideicommisso, està sugeto à las facultades Reales, para por ellas poderse variar, idem fundat Mart. *de success. legal. part. 1. quæst. 23. artic. 3. num. 38. & part. 3. quæst. 1. artic. 3. à num. 13.* y la califica, y atesta por la opinion mas comun, y segura, y la que con repetidas determinaciones tiene autorizada la Rota, Mario Cutello *de donationib. lib. 1. discurs. 2. partic. 6. num. 155.* la refiere, y sigue como indubitada, y sin contraditor Barb. *en el tom. 2. voto 126. à num. 280.* refiere vna coluna de Autores, que la establecen, y siguen; y latamente la funda Anton. Petra *de fideicommiss. cap. 30. per tot. præcipuè à num. 30. copiosè etiam pro ea;* Monet. *de commut. vltimar. volunt. cap. 9. à num. 559.* donde discurre con separacion de casos, y satisface concluyentemente los fundamentos que se ponderan por la contraria.

80 Y en suma Mieres, D. Mol. Larrea, Valenç. y otros rigurosos Censores de la facultad Real, que no admiten extension à derogar, ò alterar los llamamientos de los Vinculos, y Mayorazgos, no consideran el derecho de ellos, futuro, y sin existencia indultado de las resoluciones soberanas. Y desviandose de este, en que no dudan de la potestad de el Principe para derogarle, recurren para mantener su opinion à contemplar en dichos llamados derecho perfecto, adquirido, y radicado, respecto de el Fundador, para el cumplimiento de el orden con que quiso governar la succession de sus bienes, à que se procurarà dàr satisfaccion.

81 Y continuando la opinion, que vamos fundando, y defendiendo, tenemos tambien al señor Don Pedro de Salzedo, que disputando, ad partes, la question, y con vista de los Escritores antiguos, y modernos, assertivamente, y sin la menor disputa la resuelve en favor de la potestad Regia, afirmando ser eficazmente poderosa para disponer, intervirtiendo las calidades, y llamamientos del antiguo Mayorazgo; *sic notat in suo tractatu de leg. polit. lib. 2. cap. 14. à num. 28. vsque ad finem*, y en el *num.* 41. propone, y dize ser ya en España

tan

tan comunmente practicadas estas derogaciones, y tan robusta la potestad Real, con el tacito consentimiento del Reyno en la admission de estas facultades, que ni la disputa es tolerable, como escandaloso motivo de litigios, y otros inconvenientes; son sus palabras, ibi: *Hæc quæstio Doctorum mentes quam maximè torquet, quos lato calamo adducit Cast. lib. 2. controvers. cap. 28. & lib. 3. cap. 6. num. 6. & cap. 28. per tot. cum dissensio incidat magna circa illius resolutionem, quæ si in puncto iuris dirimeretur refragaretur praxi, & sententiæ apud Hispanos inconcusè receptæ, cum iam ex ea stylus indultus ad mutationem dispositionum sit, & ex consensu omnium subditorum, quo ad hæc in supremæ potestatis Principis arbitrium collatum, quam disputare fas est, nec proficuum erit, ne litibus mundus vexetur,* videndus etiam *ad novas leges Recop. in leg. 4. tit. 14. cap. 24. lib. 3. à num. 91.* en donde con mas estension mantiene este mismo sentir.

82 Y sobre lo qual dixo tambien con gravissimos fundamenros el Cardenal de Luca *de fideicommiss. discurs. 13. num. 21. & discurs. 14. num. 2.* estar yà tan decidida esta controversia, que su disputa, assi de Tribunales Eclesiasticos, como Seglares, se halla desterrada, permitida solo para exercitar los ingenios en las Escuelas, por ser, como es, practica establecida en todo el Orbe; son sus palabras: *Ad primum respondi, quæstionem potestatis iam à foro exulare, illa solum remanente Scolasticis, & Academicis pro ingenijs exercendis iuxta receptam praxim totius Orbis.* Et ratione plurius ponderata *sub tit. de feud. ad materiam Bullæ Baronum, &c.* que es lo mismo que subscrive en la suma *post dictum tract. num. 245. & seqq.*

83 En mayor prueba de lo hasta aqui fundado, seguridad, y validacion de nuestras facultades, y lo en virtud de ellas obrado (recordando lo que prenotè *num. 22.* de este Informe) son tales, y tantas las demàs circunstancias, y razònes, que evidentissimamente lo asseguran, que no es dable, ni queda lugar juridico, ni aptitud à persuadir lo contrario, vt ex sequentib. apparebit.

84 La primera razon es, el que la facultad Real de alterar el derecho futuro de los llamados à la succession de el Mayorazgo, queda firme, y con mayor fundamento, quando se concede, y dà à pedimento, è instancia del actual posseedor, y con su expresso consentimiento; porque como èl solo retiene el verdadero derecho de presente, y dominio *Prima ratio.*

 de

de dicho Mayorazgo, vt notat D. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 19. *per tot.* no comunicable à otro mientras èl vive, *ſiquidem dominium apud duos eodem tempore ſtare non valet, leg. ſi vt certo* 5. §. *ſi duobus vehiculum, ff. commodati, cum vulgatis.* Y viviendo actual poſſeedor, no ſe puede adquirir derecho à ninguno de los poſteriormente llamados, de que ſe ſigue no aver interès formal de tercero perjudicado; cuyo reparo pudiera ſolamente hazer ſoſpechoſo el reſcripto, ò facultad Regia, como fundò Scipion Robit. *tom.*2. *conſ.*76. *num.*2. vbi in ſpecie dicit: *Quod fæudatario conſentiente, poteſt Princeps præiudicare formæ antiquæ fæudorum, nedum ſpreſsè, ſed etiam tacitè aceptando, & recipiendo privilegium in forma nova confirmatum, vel conceſſum,* Surd. *volum.*3. *conſ.*440. *num.*46. Menoch. *dict. conſ.*993. *num.*11. Andr. Greg. *in repetit. fæudalium, cap.*10. *num.*2. per multoſque congerit D. Larr. *alleg.*115. *num.*19.

85 Cuya conſideracion es mas apreciable en el caſo de nueſtra diſputa, porque las facultades ſe ganaron por la Duqueſa Doña Maria de Tobar, poſſeedora actual que era de dicho Mayorazgo, que fue quien executò la nueva alteracion, y en que tambien convino Don Juan de Tobar ſu hijo (como lo anotamos en eſte Informe à *num.*40. *cum ſequentib.*) y lo referimos con toda claridad, y diſtincion, para ocurrir al reparo, que ſin razon ſe quiſo mover en contrario à la viſta de el pleyto, queriendo dar à entender, que dicha Doña Maria de Tobar, quando ganò dicha facultad de alteracion, y excluſion de hembras, no era yà poſſeedora de dicho Vinculo, ſino es Don Juan de Tobar ſu hijo, en quien antes le avia pueſto, y tomado poſſeſsion de èl, ſin atender, que dicha facultad de alteracion, como de ella miſma conſta (que lo anotamos *num.*43.) la obtuvo, è impetrò, no ſolo dicha Doña Maria, ſino es tambien Don Juan de Tobar ſu hijo; y para lo executado en virtud de ella (que fue dicha excluſion de hembras, como tambien lo anotamos *num.* 41.) intervino en la eſcriptura, que de ello ſe hizo, el miſmo Don Juan de Tobar con ſu madre; y ſe ſubſiguiò aſsimiſmo la confirmacion Real de todo ello à inſtancia, y por ſuplica de dicha Duqueſa, y ſu hijo Don Juan de Tobar (como lo anotamos *num.*51.) y lo que es mas, que el miſmo Don Juan de Tobar, muerta yà ſu madre, en la fundacion de revnion, que hizo de vnos, y otros Vinculos, y facultades, que ganò

pa-

para ello (que la anotamos *num.* 53. *y* 54.) mantuvo siempre la exclusion de hembras. Con que no solo el actual posseedor, sino es aun el immediato impetrò, y consintiò dichas facultades; y siendo los principalmente interessados, y sin hembra entonces, que con probable fundamento pudiesse ponderar su perjuizio, por no aver concurrido otro con derecho eficàz de succeder en dicho Mayorazgo, hasta la Duquesa de Ossuna, que oy litiga, cuyo interès, en aquel tiempo, no era de entidad, y consistia solo en vna aventurada, y dudosa contingencia de futuro; y despues de tantos años, que passò lo referido, no se alcança, como sin ofensa de las reglas, y doctrinas ponderadas, se pueda persuadir, que este derecho tan equivoco, falible, y sin certidumbre alguna, sea poderoso à ligar las manos de el Principe en el exercicio de su Regia potestad absoluta, y que en agravio de ella sean desatendidas, è ineficaces las Reales facultades, que concediò para variarle.

86 La segunda razon, que acredita dichas facultades, y alteraciones practicadas en su virtud, resulta de la misma reflexion de sus disposiciones; en las quales no se excluyeron perpetua, y absolutamente las lineas de hembras de la succession de dichos Mayorazgos; pues (como dexamos anotado à *num.* 46. en donde hazemos mencion de los llamamientos hechos por Doña Maria de Tobar) aunque es cierto, que prefiriò à sus hijos varones, que tenia, y à los descendientes de cada vno de ellos por linea masculina, tambien lo es (y consta de las mismas clausulas 3. y 4. de dicha fundacion) el que à falta de dichos varones agnados descendientes de sus hijos, y cada vno de ellos, incluyò, y passò à llamar à los hijos de las hembras, llamando à sus lineas, y descendencia varonil en sus casos, y tiempos (como los dexò prescriptos) con que no fue el concepto de su Magestad en las facultades, ni de la fundadora en sus disposiciones, excluirlas absolutamente, privando à este sexo, y à su posteridad de la conveniencia, y derecho à la succession de el Mayorazgo, sino es suspenderselo, y dilatarselo por el tiempo que perseverasse su descendencia en varones agnados, à quienes dieron indubitada preferencia; y en esta dilacion es, sin controversia, menos reparable el perjuizio, que no consiste en perpetua privacion, y mas fuerte, y vigorosa la facultad *Secunda ratio.*

Real,

Real, que diſpenſa la ſuſpenſion, prenotòlo doctamente Juan Franciſco Ponte *dict. conſ.* 154. *num.* 3. his verbis: *Caſus hic remanet deciſſus in fortioribus terminis, quia ibi pro rata dictæ ſumæ anichilatur in totum vinculum, ſeu fideicommiſſum; hic verò tractatur de prælatione fœminarum; dum modo in familia nubant, & ſic, vt inferiùs demonſtrabitur, non tollitur ſucceſsio cæteris agnatis, ſed dilatatur, & deciſſum fuit ex cauſis ad hoc vrgentibus potuiſſe Regem diſpenſare; ergo multo fortius procedunt allegata, & deciſſa in noſtro caſu, & num.* 8. ibi: *Quia non in totum tollit, ſed dilatat ſucceſsionem agnatorum per habilitationem fœminæ,* Betius *conſ.* 54. *num.* 55. Curtius Iunior. *conſ.* 1. *num.* 24. Cephal. *conſ.* 28. *num.* 70. *vol.* 1.

Tertia ratio.

87 La tercera razon, inſuperable, y que no admite reſpueſta en defenſa de nueſtras facultades, es la practica inconcuſa de la Camara en la expedicion de otras mas graves, y de mayor perjuizio, como ſon, para enagenar bienes de los miſmos Mayorazgos, ò para hipotecarlos à cenſos; en las quales ſin atender à la prohibicion de enagenacion, con que el fundador previno la eſtabilidad, y perpetuidad de ſus bienes, ſe le dà al poſſeedor autoridad, y tan libre diſpoſicion, como la que puede tener en los demàs bienes que tiene con entero dominio, y ſin algun gravamen, ſic notat D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 3. *à num.* 33. vbi Add. D. Paz *de tenut. cap.* 34. *num.* 155. Noguer. *alleg.* 19. *à num.* 72. *& alleg.* 32. *à num.* 134. D. Salgad. *in labyr. part.* 2. *cap.* 5. *num.* 52. *& cap.* 9. *à num.* 72. ibi: *Facultas enim ſolum tollit impedimentùm prohibitæ alienationis, & poſſeſſorem reddit habilem ad contrahendum; & cap.* 10. *num.* 92. cum alijs melius Cardin. de Luc. *de fœud. diſcurſ.* 89. *num.* 19. ibi: *Et poſtquam congregatio manuus apponit; ita hoc obſtaculum removere videtur, atque bona fideicommiſſaria reliquijs liberis, & indiferenter exequare, perinde ac ſi eſſent libera, & propria, & generaliter circa operationem facultatis Principis habetur.*

88 Materia es digna de reparo, que en razon de eſtas facultades, que ſon tan fuertes, y aniquilan el miſmo Mayorazgo, no aya Autor, que ſe atreva à entrar en la diſputa circa poteſtatem Principis en ſu expedicion, ni negar el arbitrio de el Soberano en ſu libre, y eſpontanea conceſsion; y que lo quieran hazer, y arguìr por menos firmes, y validas las nueſtras, con ſola la conſideracion de vn ambiguo, futuro, y contingente derecho; mayormente quando el miſmo ſeñor Molina nos enſeña con ſu grave magiſterio *in lib.* 1.

cap.

*cap.8.num.24.ex text.in leg.iuris gentium,7.§.adeo,ff.de pact.*quod, cui magis conceditur, minus denegari non valet, ibi: *Nam si potest tota res tolli, cur non, & re formari?* (que exorna copiosamente) luego si en el sentir de este gravissimo Autor se confiessa poderosa la potestad de el Principe, para poder expedir facultad (no obstante la prohibicion de el fundador) para que sus bienes se puedan enagenar, ac per consequens totum maioratum tollere; pues depende este omnimodamente de la consistencia de sus bienes: como, ò por què causa se puede dudar en lo menos, y que se reduxo, salva ipsius maioratus substantia, à moderar, y variar vn derecho no existente, futuro, y contingible en razon de sus llamamientos? Yo no hallo modo de conciliarlo, como tampoco el que Doña Maria de Tobar, y Don Juan de Tobar su hijo pudiessen aver impetrado facultades, por las quales huviessen aniquilado el Mayorazgo de Juan de Tobar, y sus bienes, sin que en el estado presente huviesse aptitud para poder reclamar contra ello, ni impugnar dichas facultades; y no lo puedan aver hecho para el mayor lustre, y conservacion de su Casa, que resulta de la alteracion de sus llamamientos, y demàs executado en virtud de dichas facultades, queriendolas sujetar à sophisticas disputas, y argumentos, despues de tantos años.

89 Crece con mayor aumento mi reparo sobre esto mismo, atendiendo los ensanches que el mismo señor Molina defiende à favor de la potestad Regia, circa facultates alienationis bonorum maioratus, manifestandolas por tan ciertas, y seguras, que aunque el mismo fundador en su disposicion prevenga, y ponga prohibicion expressa de impetrarlas, asienta, y dize semejante expresion ser nula, como dirigida à impedir el supremo poder, à que no puede estenderse la voluntad de el testador, ni ser eficàz para ello, como expressamente lo funda, y prueba, *dict.lib.*4. *cap.*3. *n.* 37. à quien sigue, aunque con mas templança, D.Salgad. *in labyr. part.*1.*cap.*37.*per tot.* videndus etiam Farìa, in Add. ad D.Covarr. *variar. lib.*3.*cap.*6.*num.*48. en que es de razon se pause, y considere, quam fribolo, y sin substancia es el aparato de considaraciones, que en contrario se oponen para impugnar nuestras facultades: clamando, que la voluntad de el fundador debe ser permanente, no variable en cosa alguna, ni

ſujeta à moderacion, etiam ex poteſtate Principis, yà por el privilegio, y firmeza, que en sì debe tener, como por ſer expreſſada en teſtamento, ò contrato, y originada de el Derecho Natural, ò ſecundario de las Gentes (en que darèmos adelante mas clara ſatisfaccion) & pro nunc dezimos aqui; ſi al fundador, que en ſu miſmo teſtamento, ò contrato pone expreſſa prohibicion, para que los bienes de ſu Vinculo, ò Mayorazgo no ſe enagenen, deſeando, como dixo el Emperador (licèt in alio caſu) *in leg. licèt, Cod. qui potior. in pignor.* ſalvam cauſam totam facere; y para ello añade, y previene, no ſe pueda impetrar facultad Real, nada de eſto le ſirve de ſeguridad; imò potius ſemejante prohibicion, como pueſta al Soberano, nullius momenti eſt, & ea non obſtante poteſtas Principis manet illeſa, como lo comprueban, y fundan los primeros DD. de nueſtra juriſprudencia, es preciſo, que en eſte ſupueſto no aya de ſer, ni ſea voluntad de el fundador, lo que en razon de èl previno; y ſiendolo, como es, tan expreſſa, como lo es, la que previno, y diò forma à ſus llamamientos, no es dable, ni cabe en recto juizio, que en la vna pueda el Principe vſar de ſu poteſtad; y que en la otra, que ſe halla ſin ſemejante prohibicion, ſe le aya de limitar el exercicio de ſu Real facultad, en razon de la alteracion de dichos llamamientos, ſobre vn derecho de futuro en los ſucceſſores, tan ſin entidad, y contingible, como dexamos dicho.

90 Verdaderamente, que en mi corta capacidad no diſcurro, ni puedo comprehender (ſalva tanti Doctoris authoritate) la diſtincion de vno, y otro caſo, y el argumento que llevamos hecho de paridad, ò mayorìa de razon, le dexò al mejor diſcurſo de el ſeñor Don Pedro de Salcedo (vndique litteris, & praxi condecoratus, & vt talis à Principe electus) quiquidem *in dict. legib. Recop. 4. cap. 24. lib. 3. tit. 14. num.* 81. me deſempeña en èl, increpando el ſentir del ſeñor Don Luis de Molina (quod meum non eſt) in hæc verba: *Miror quo iure, ſecundum Molinam, contra bona maioratus alienata virtute Regiæ facultatis, non detur remedium, legis 45. concedatur verò contra diſpoſitionem mutationis qualitatum ſuccedendi, laudatam, confirmatam, vel factam, Regia facultate interveniente. Quo iure concedenda Principi authoritas ad alienationem perpetuam bonorum maioratus, & deneganda ad mutationem temporalem qualitatis ſuccedendi? Nulllam rationem differentiæ inveni; fateor tamen hoc deſcendere ab inſufficien-*

tia

tia mea, sed difficilis semper mihi visa est hæc quæstio, vt possit Princeps facultatem condere ad alienationem bonorum maioratus, & non ad mutationem, seu ad inducendam novam dispositionem succedendi; y se vale de el texto yà citado *iuris gentium* 7.§. *adeo, ff. de pact.* y de lo que en razon de èl funda el mismo señor Molina.

91 Es fundamento tan grave, el que dexamos supuesto, que excluye omnimodamente todo genero de escrupulo en vnas, y otras facultades, sin que lo pueda alterar, lo que en su respuesta se quiso dezir por los Abogados de el Duque, dando à entender, que la diferencia estava en que las facultades Regias para enagenar bienes de Mayorazgo, transibant per ignem, & aquam, y con gravisimo conocimiento de sus causas para expedirlas. Persuadiendose, que las que expiden las Magestades Reales, como fueron las nuestras, no seràn con el mismo conocimiento, motivos, y causas muy superiores, que à su concession moviessen (de quibus infrà latius) vltrà de que semejante respuesta, y discurso, non erit iam de potestate Principis, que en ambas nos la confiessan; sed tantummodo circa causas, ex quibus Princeps motus fuit ad earum expeditionem. Irregular assumpto, despues de mas de ciento y ochenta años, para querer embarazar el juizio de tan Supremo Senado, y aun residenciar à la Magestad Cesarea en averlas expedido, y confirmado lo en virtud de ellas obrado.

92 Siguese por quarta razon, tan juridica, y eficàz, como las demàs prenotadas, la que nos dà, y enseña el justo exercicio de la potestad Regia, que invariablemente se practica en las facultades, de que vsan los padres para fundar Mayorazgo, en perjuizio de la legitima de sus hijos, tan privilegiada en todos Derechos, por la continuacion de el domio, que en cierto modo tienen los hijos en los bienes en vida de el padre, *leg. in suis* 11. *ff. de liber. & posthum. in tantum, quo legitima videatur esse de proprijs facultatibus filij, leg. cohæredi* 44. §. *cum filiæ, ff. de vulgar. & pupilar.* y proceder derivada de el Derecho Natural, sin dependencia de la voluntad, ni disposicion de el testador, *leg. scripto*, 15. §. *non sic, ff. vnde liber. leg. Papinianus*, 8. §. *quarta, ff. de inofficios. testament. leg. scimus, & leg. quoniam in prioribus, Cod. eodem*, & quos adducit Fusar. *de substitut. quæst.* 296. *à num.* 3. como subrogada en lugar de los alimentos, *leg. quisquis*, §. *filias, Cod. ad leg. Iul.* *quarta ratio.*

Ma-

Maiest. que son debidos à los hijos, ex iure naturali primevo, *leg.* 1. §. *ius naturale*, *ff. de iust. & iur.* Lara *de aliment.* §. *vtrum per totum.* Sin embargo de todo lo referido, se conceden con tanta frequencia estas facultades, sin reparo, ni disputa, que pueda hazer sospechosa su validacion, aunque la quiso dudar Suarez *in dict. leg. quoniam in prioribus in declaratione legis Regiæ, limit.* 2. *num.* 15. à quien satisface, y nota D. Molin. *de primogen. lib.* 2. *cap.* 1. *à num.* 20.

93 Y en terminos enseñan, y fundan, D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 7. *à num.* 30. & D. Castill. 5. *controvers. cap.* 67. *num.* 57. & 69. con otros muchos, que refiere D. Salced. *in dict. leg. Reg.* 4. que el Mayorazgo fundado por el padre en vno de sus hijos, perjudicando à los demàs en sus legitimas, aunque sin facultad Real, puede el Principe ex certa scientia confirmarle, y queda valido, y firme, si antes los hijos no avian aceptado la herencia paterna, ni aprehendido la actual possession de los bienes fundados, en que el Principe puede derogar aquel derecho de aceptar la herencia, aunque se halle diferida, porque no es derecho radicado, y adquirido perfectamente; luego si en la legitima tan recomendada por Derecho, y diferida yà por muerte de el padre, es corriente la potestad de el Principe para perjudicar en ella à los hijos antes de su addicion, y actual possession, con superior razon se debe reconocer, que puede perjudicar el Principe à los successores no nacidos en la incierta, y remota esperança de succeder, que pondera con mas eficacia D. Salced. *vbi supr. & de leg. polit. dict. cap.* 14. *à num.* 47. y en que responde, y satisface à los reparos, y objecciones con que se intenta en contrario elidir fundamento tan notorio, que no es justo transcrivirlo, si solo en su mayor prueba, y de que el Principe pueda arbitrar en perjuizio del derecho futuro, quærendo, seu in spe, lo resuelven en la misma forma Fusar. *de substi. quæst.* 623. *num.* 2. Roduph. *de suprem. Princip. potest. cap.* 6. Cancer. *variar. lib.* 3. *num.* 38. Tapia *de potest. Princip. secularis*, §. 6. *à num.* 1. Tiraquel. *de primog. quæst.* 22. *num.* 1. Gam. *decis.* 178. *num.* 6. & 11. vbi Flor. de Men. Iulio Capon. *tom.* 2. *discept.* 103. *num.* 21. D. Vela *dissert.* 39. *num.* 31. Grac. *disceptat. tom.* 2. *cap.* 458. *à num.* 25. D. Cast. *dict. cap.* 67. *lib.* 5. *controvers. num.* 57. Ciarlino *controvers. lib.* 3. *cap.* 241. *num.* 24. Farìa ad D. Covarrub. 3. *cap.* 6. *num.* 46. *variar.* Fachin. *controvers. lib.* 8. *cap.* 63. *versic.* 4. *quæstio*, Gutierr. *practic. lib.* 2.

quæst.

*quæst.*76. D. Molin. *dict. lib.*2. *cap.* 7. *à num.* 14. *vsque ad* 19. y que este Senador diga *in dict. cap. num.*33. que el Principe no debe vsar de plenitud de potestad *sine iuxta, ac rationabili causa, quia sine ea non diceretur plenitudo potestatis, sed tempestatis.* Y prosigue: *Hoc autem non credimus vnquam Christianissimos Hispanorum Principes, absque magna, atque publica causa facturos*; nos comprueba, y assegura mas la validacion de nuestras facultades Regias; las quales no fueron para derogar, ni alterar derecho, quod quidem non fuisset delatum, sino vn derecho de futuro, y no existente, contingible, & in spe, de los nascituros, que en adelante huviesse; y en lo demàs nos debemos persuadir, que vn Monarca tan Catolico (como lo fue la Cesarea Magestad de el señor Emperador Carlos V. cuyas operaciones en todo veneran los Annales) tendria muy presente, y sus Consejeros, y Ministros Regios los motivos, y causas conducibles à la expedicion de sus facultades. Y en suma basta que las decretasse, y confirmasse lo obrado en virtud de ellas, para que en el estado presente se atiendan con el decoro, respeto, y validacion, que siempre han tenido, y deben mantener, cum plurib. Valer. *de transact. tit.*4.*q.*2.*n.*21.

94 En fuerza de lo referido, y por fundamentos tan poderosos, y apreciables en el dictamen de el señor Cardenal de Luca, se hallarà, que tratando la question con el exacto, y docto methodo que acostumbra, la resuelve en apoyo de la facultad Real en el *discurs.*148. y en el 117. *num.* 25. se explica con las mas notables palabras, que nosotros pudieramos ponderar, notando con rigurosa censura los que escrupulizando en este assumpto creyeron ser necessario el motivo de causa publica, para justificar las operaciones de esta potestad; lo qual canoniza por ideal, fabuloso, y sin fundamento juridico, que lo pueda substener, ibi: *Septimus est casus suprà insinuatus, qui nempè per gratiam habilitativam, vel dispensativam eius, qui ob defectum natalium, vel alterius desideratæ qualitatis, esset alias incapax, præiudicetur alteri remotiori capaci, qui alias fuisset successurus, eique propterea tollatur ius speratum, vel etiam delatum, sed non adquisitum, adeò vt sibi impediatur adquisitio; sed nihil tollatur, quod iam obtineat iuxta deducta dict. discurs.*68. *&* 69. *de fideicommissis, ac etiam sub tit. de feudis, discurs.*16. 17. *& alibi. Et tunc quidquid aliqui dicant super requisito causæ publicæ, quatenus pertinet ad forum externum, de quo agitur, verè id inter fabulas re-*

ponendum esse docet quotidiana praxis, solumque considerari solet, ac benè cadit distinctio inter præiudicium proximum, & remotum, inter præiudicium certum, & incertum, ac eventuale, quia nempè dispensatio, vel habilitatio concedatur post iam factum casum successionis, vel econverso antequam ille fiat, vndè propterea incertum sit, an ille capax, qui sperat sit superstiturus, nec ne: attamen ista distinctio duos percutit effectus, vel scilicèt illum potestatis illorum, qui Principi inferiores legitimandi, seu alias habilitandi potestatem habeant, vel regulationem potestatis, vt facilius in vno, quam in altero casu dispensatio, vel habilitatio concedi debeat, sed passim ex mero arbitrio in privatam gratiam concessionarij id sequitur; ideoque fabulosum pariter remanet assumptum eorum, qui causæ publicæ requisitum desiderant. He referido con estension sus palabras, por comprehenderse en ellas, y corroborarse con razones, y distinciones tan juridicas, el thema, y punto substancial, que vamos fundando.

95 Y en su continuacion es de prenotar aqui el caso, y decision, que propone el señor Larrea en la 8. de sus decisionesGranatenses de la dispensacion Pontificia in radice matrimonij, que diò causa al pleyto, que se siguiò entre el consanguineo legitimo, nacido de legitimo matrimonio; y Martino, hijo del vltimo posseedor, nacido ex matrimonio irrito à patre suo, cum consanguinea contracto, del qual avia obtenido dispensacion, sin embargo de la qual, por no estar legitimamente declarada, ni su efecto de ella, en el juizio de tenuta, venciò el consanguineo legitimo; pero despues el hijo de Martino, nieto de el vltimo posseedor, siguiò pleyto en là Sacra Rota, que estimò la dispensacion de su abuelo aver sido in radice matrimonij; en cuya virtud puso su demanda en el juizio de propriedad al consanguineo, que avia obtenido la tenuta, y como resulta de toda la decision, su dificultad, quam pro vtraque parte expendit D. Larr. *circa potestatem Principis versabatur*; y aunque en su opinion se inclina, à que el derecho de succesion, quod residebat in consanguineo legitimo, se debia considerar invariable, y no sujeto à que se le pudiesse alterar, ni immutar por la dispensacion Pontificia, ni por la declaracion de ella de aver sido in radice matrimonij, *&* *num.* 83. sin dezir, *Senatus censuit*, pone estas palabras: *In hac controversia semper ego censui dispensationem, non separari in præiudicinm eius, cui successio delata, aut competere potest, vt* li-

licèt operetur dispensatio legitimitatem, non tamen in alterius damnum. Toma entre manos esta misma question el doctissimo D. Cresp. de Valdaur. en sus observaciones, en la 23. *quæst.* 19. *à n.* 145. y assertivamente defiende, que no obstante el derecho remoto del consanguineo, pudo el Sumo Pontifice dispensar in radice, y hazer habil, y capàz, y de mejor derecho à la succession al dispensado, y à su linea. Y en el *num.* 152. prenota, y dize ser la opinion que sigue la mas segura, y la que el mismo Senado de Granada admitiò, ibi: *Sed etiam quia in illa ipsa decisione Senatus Granatensis hanc nostram sententiam amplexus fuit* (Y prosigue:) *quam tamen Senatus censuram reticuit Athor, & suam possuit, vt videre est num.* 83. *in quo non dixit Senatum sic censuisse; sed ipsum Authorem, & alias nobis indagantibus constitit, Senatum contra Authorem declarasse* (Y concluye:) *verior autem est hæc nostra sententia, quia notoriam rationem habet pro se.* Y satisface, y responde à los fundamentos de el señor Larrea; con que la decision de el Senado de Granada, no solo no nos ofende; pero antes bien, por lo que en razon de ella funda, resuelve, y anota D. Cresp. de Valdaur. nos favorece en todo.

96 Concurre igualmente (y sea la quinta razon, que assegura nuestras facultades en el derecho de futuro alterado por ellas) otro principio legal (aunque vulgar en nuestra jurisprudencia) de textos conocidos en razon de el seguro, y firme derecho, que tienen los acreedores (maximè hipotecarios) en todos los bienes proprios de su deudor, en cuyo perjuizio, qualquiera fraudalenta enagenacion que hagan, por la accion Pauliana se revoca lo que dissipa, y se reintegra al acreedor de el perjuizio de semejantes enagenaciones, *leg.* 1. *& sequentib. ff. quæ in fraudem credit. leg.* 1. *& per tot. Cod. de revocand. his, quæ in fraud. credit. leg.* 1. *&* 8. *tit.* 15. *part.* 5. cum notatis per Acost. *de privilegijs credit. in præfat. regul.* 1. *num.* 19. *&* 94. *& regul.* 3. *ampliat.* 4. *num.* 8. *&* 37. D. Vela *tom.* 2. *dissert.* 38. *num.* 70. Y supuesta la certeza de esta regla, no obstante quæritur apud DD. si podrà el deudor comun repudiar, y abstenerse de la herencia, legado, ò fideicommisso, que le estava diferido por la muerte de el testador, sin incurrir en la prohibion legal, y todos convienen serà valida, y justificada semejante repudiacion, *ex leg. quod autem,* 6. §. *proinde, leg.* 19. *&* 20. *ff. quæ in fraud. credit. leg. non fraudantur,* *Quinta ratio.*

tur, 184. *ff. de reg. iur. leg. cum quidam*, 26. *ff. de iure Fisci, leg.* 1. §. *vtrum, ff. siquid in fraud. patron.* D. Castill. 5. *controvers. cap.* 112. *à num.* 20. Grat. *decis.* 17. *num.* 4. Galerat. *de renunt. tom.* 1. *lib.* 1. *cap.* 2. *à num.* 57. cum plurib. D. Olea *de cess. iur. tit.* 2. *quæst.* 3. *num.* 14.

97 Y lo que mas es, admiten la misma doctrina en el Mayorazgo vacante, en que ay derecho de futuro, à principio fundationis, en el que naciere, y estè despues con su existencia, y immediato à su succesion, por la ley de Toro, ilicò, que muera el vltimo posseedor, se le transfiere la possession civil, y natural; y sin embargo de tan poderosas recomendaciones, no se aprecia tan robusto este derecho, que pueda su renuncia, y repudiacion comunicar à los acreedores la accion revocatoria, notant D. Castill. *dict. cap.* 112. *per tot.* Pereir. *decis.* 55. *n.* 5. D. Salg. *in labyr. credit. part.* 2. *cap.* 14. *à n.* 25. *& cap.* 16. *ex num.* 54. D. Olea *dict. quæst.* 3. *num.* 18. Y la razon es derivada de nuestros antecedentes legales presupuestos, que consiste, en que la aceptacion es medio de assegurar estos derechos con dominio perfecto; y entera adquisicion, y hasta entonces se consideran informes, y sin eficacia, *ita vt in bonis eius, cui delata sunt, non numerentur, leg precia rerum, ff. ad leg. falcid.* por lo qual los impossibilita al comercio el señor Olea *vbi supr. ex num.* 7. *cum sequentib.* quem refert, & sequitur Lagunez *de fructib. & expens. part.* 2. *tom.* 2. *cap.* 5. *à num.* 131.

98 Pues si quando se ofrece el privilegiado derecho de los acreedores, que se pudiera satisfacer de los bienes diferidos, se estima tan forçosa la formal adquisicion, que sin ella no se dà interès efectivo, en que les perjudique el deudor comun, con la repudiacion que haze, aunque sea de el Mayorazgo diferido, y que la misma ley le transfiere, como existente, è immediato successor, desdize el que se pueda considerar legalmente derecho radicado, ni perfecto en el futuro successor à fundatione maioratus, & aceptatione primi vocati; porque si esto fuera assi, resolvieran contra justicia los Autores en permitir el que vn derecho perfecto, y radicado de dicho Vinculo le pudiesse repudiar en fraude de sus acreedores el successor en èl; ni como es dable tampoco poderse elevar (como en contrario se intenta) à tan autorizados privilegios el derecho dudoso de los successo-

res

res inciertos, y que no han nacido, y que se le conceda fuerça poderosa, para impedir la justa operacion de las expediciones Regias en la mudança de algunas calidades de la succession? Es acaso mas eficàz la facultad de vn particular apassionado, para frustrar à sus acreedores la satisfaccion de sus creditos, que la suprema po testad de vn Principe justo, para variar (segun las circunstancias, y nuevas ocurrencias) lo que reconociò, y estimò, pudiera ser dañoso, si conservàra en aquel primer estado que se previno? Esta dissonancia no es tolerable à la razon, ni la persuadirà alguno en quien tengan predominio sus influxos; y por consequencia se rendiràn todos à conocer las ventajas imponderables de la soberania en el justo exercicio de esta expedicion.

99 Hasta aqui hemos expressado diversas razones, que comprueban la validacion de nuestras facultades, sin perjuizio de las quales, y para mayor seguridad, y evidencia de la justicia, y derecho, que en si tienen, se procurarà con toda distincion recordar otros fundamentos, no menos juridicos, que justifiquen lo mismo.

EL PRIMERO, QVE DICHAS FACVLTADES contuvieron causas muy graves, y justificadas para su expedicion.

100 No es dudable, que quando el Principe considerò causas graves, y bastantes, que pudieron con eficacia inclinar su Real animo à la expedicion de dichas facultades, su concurso acredita indisputable la potestad Regia; y assi lo reconocen, y confiessan los valedores mas acerrimos de la opinion contraria, vt videre est per D.Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 31. Larr. *alleg.* 115. *num.* 35. D. Covarrub. Castill. y otros, que refieren los Add. ad D.Molin. supr. Roxas de *incompatibilit. maiorat. part.* 7. *cap.* 10. vbi Aguila cum alijs; los quales en estos terminos se rinden à conceder la potestad, aunque solo admiten poderosa à este efecto la causa de publica vtilidad; D. Valenç. *cons.* 69. *à num.* 102. Hermos. *leg.* 53. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 1. en lo qual Add. ad D.Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 8. *à num.* 28. *versic. At verò si causa fuerit mixta*, ponen estas palabras: *Sed eo non obstante in Hispania videtur contrarium ex antiquissima consuetudine practicari, & quod etiam si causa publicam vti-*

litatem principaliter non inspiciat, sed secundario, Regia potestas subsistit semper, & validatur. Et ibi: *Quia qualis causa legitima, quæ sive principaliter, sive secundario ad utilitatem publicam inspiciat*, la tienen por bastante, y se explica para ello con las facultades que asienta expedirse cada dia, *in pactis matrimonialibus ad vocationes, & substitutiones maioratus derogandas, & innovandas, in quibus causa verè, & realitèr privatam utilitatem principaliter respicit, & publicam secundario, & nihilominus tenent facultates prædictæ.*

101 Otros Doctores de no inferior credito discurren con tal estension en la materia, que estiman por causa bastantemente justa qualquiera que moviesse el animo del Principe, Jason *in cons.* 136. *& Decius asserit, quod solus motus Principis habetur pro causa*; y le sigue Gramat. *cons.* 100. *num.* 28. donde añade, *quod quælibet occasio sufficit ad iustificandum motuum Principis*, Peregrin. *cons.* 8. *num.* 24. Mier. *de maiorat. part.* 4. *quæst.* 1. *tom.* 1. *num.* 111. Ponte *cons.* 152. *num.* 13. con otros, que refiere Don Pedro Salcedo *de leg. polit. dict. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 35. quien despues de aver discurrido difusamente en los siguientes, dize *num.* 90. *Cum ergo illa ratio conservationis familiarum, ac agnationis, ut memoria maiorum perpetuetur, publica sit ex dictis, ex eo, quod dum causa sub est legitima, potest Princeps disponere in præiuditium tertij, agnoscendum est dispositiones, vocationesque maioratuum, ex Regia facultate mutari posse, ut exclusis fœminis agnati tantum in maioratu succedant.*

102 Esto es lo que la Duquesa de Frias deseò, y en lo que igualmente convino el Principe para facilitar su rescripto, y conservar la familia, lustre, memoria, y Casa de Tobar, y lo que expresò la Duquesa à la Magestad Real en el acto de impetrar su licencia; por estas palabras: *Lo qual era muy necessario, y conveniente para la perpetuidad, y conservacion de la Casa, Armas, Mayorazgo, y Apellido de Tobar.* Y las mismas contiene la facultad de 17. de Abril, y las que se concedieron à Don Juan de Tobar, para hazer la revnion de estos Mayorazgos, y los de Osma, Gandul, y Marchinilla, que executò, como està dicho. Y si esta se estima causa publica en el sentir de los AA. (aun suponiendo precisa esta circunstancia, que no lo es) para seguridad de las facultades, por el mismo motivo las avrèmos de confessar esta recomendacion de mayor firmeza, à las que defendemos en este pleyto. Y fuera absurdo notorio, à vista de el exemplar, que ponen por re-

regla fixa los Add. ad D. Molin. *supr.* (cuyas palabras dexaxamos transcriptas) de los pactos matrimoniales, en que no ay mas causa publica, que la secundaria, y conveniencia de los impetrantes, para efectuar sus tratados; y no obstante se practica inconcusamente la expedicion, y validacion de la facultad Regia, para separar los Vinculos, y perjudicar al primogenito, que naciesse, en la succesion que de ambos le tocava por sus fundaciones; y que esto no deba, ni pueda correr, ni limitar la potestad de el Principe, para alterar con tan justa causa vn derecho futuro, & in spe, contingible, y no existente en razon de la alteracion de dichos llamamientos; y que para ello baste aquella causa, que siendo su principal influxo la conveniencia particular de el que impetra la facultad, ò su Casa, y familia, prestan secundariamente, ò à posteriori (como llama el Phisico) adelantamiento à la publica, y comun vtilidad, para que quede firme, y valida, ademàs de los Add. ad D.Molin. que yà dexamos referidos, que dizen ser practica inconcusa en la Camara, & ex antiquo iure vsitata, lo comprueban tambien, D.Castill. *controvers.lib.*3. *cap.*28. *num.*2. D.Molin. *lib.*4. *cap.* 3. *num.* 3. vbi etiam Add.Noguer.*alleg.*32.*num.*154.D.Larrea *dict.alleg.*115. *num.*39. Farìa, cum alijs ad Covarr.*dict.cap.*3.*variar.n.*50.

103 Y en exclusion de algunos, que con demasiada autoridad de dictamen (y de que se quieren tambien valer nuestros contradictores) asseguran, que no solo no basta la asistencia de causa publica, mas que es necessaria en tal providencia, que no se pueda ocurrir por otro medio à sus vrgencias, que fue opinion de Antun.*cap.*12.*num.*72.se halla la doctrina del señor Castill.*lib.*3.*cap.*28.*à n.* 2. *&* 8. *& in n.*3. donde se explica con mas expresion, refutando semejante escrupulo, ibi: *Quod cum causa legitima, & iuxta, & publicæ vtilitatis, intervenit, non adeo restringi debent manuus, & potestas Principis, vt si aliter, & aliunde Consuli posit necessitati, vel vtilitati publicæ, adeo precisè attendatur, sed ob publicam vtilitatem sic factum sufficiat, quamvis aliter fieri possit.*

104 Y que la conservaeion de tan ilustre Casa, y familia, por medio de la agnacion que se pidiò à su Magestad, y se dignò decretar con exclusion de las hembras, que omnimodamente la destruyen, interrumpen, y destajan, sea causa justa, & tendens etiam in vtilitatem, & causam publicam,

se

ſe vè autorizada en el caſo tan vulgar de las hijas de Salphaz, *cap.36. de los numeros*; las quales ſi por el texto ſagrado ſe las admitiò à la ſucceſsion en los heredamientos, aſsignados por ſuerte en la tierra de promiſsion, fue con la precìſion de caſarſe con varones de ſu miſma Tribu, atendiendo à la conſervacion en cada vna de ſus propriedades, ſin mezclarſe, ni confundirſe con otra Tribu, *ſic verſic.6.* ibi: *Ne commiſceatur poſſeſsio filiorum Iſrael de Tribu, in Tribum.* Pat. Molin. *de iuſt. & iur. tract.2. diſp.625.* cum alijs, quos refert D. Salced. *de leg. politic. dict. cap.14. num.70.* y el Angelico Doct. S. Thom. *in 2.2. quæſt. 105. art.2. ad 2.* la reconoce por cautela debida, y juſtiſsimo, y advertido reſguardo, para que las ſuertes, y heredamientos de las Tribus no ſe confundieſſen. *Adhibuit tamen lex,* dize el Angelico Doctor, *cautelam debitam, præcipiens, vt mulieres ſuccedentes in hæreditate paterna, nuberent ſuæ Tribuus hominibus, ad hoc quod ſortes Tribuum non confuuderentur.*

105 Y no es menos atendida en las leyes civiles la conſervacion luſtroſa de las familias inſignes; pues ſe vè, que Vlpiano afirmò ſer interès publico, conſervarlas en aquel orden, y eſphera, que las colocò la naturaleza, *leg.1. §. ſed, & ſi ſervus, 13. ff. de ventre inſpic.* ibi: *Publicæ enim interſt partuus non ſubijci, vt ordinum dignitas, familiarumque ſalva ſit.* Y Gotophred. in Gloſſ. *Dignates, ordinum, & familiarum ſalvas, atque integras, quam fieri poteſt, maximè ſervare debemus; leg. 2. Cod. vt dign. ord. ſeru.* y Conſtantino *in leg. quæ tutores, 22. Cod. de adminiſt. tutor.* ponderò ſer el mas funebre de los peſares, el no vèr las imagenes, y blaſones de los aſcendientes, ò advertirlas confuſas, y menos veneradas en ageno poder, y familia; por lo qual dixo Bald. doctiſsimamente *in cap. intellecto, verſic. Præterea, de iur. iurand.* que ſe adquirian realçados honores, y grandezas à la Corona, quanto ſe vieſſe aſsiſtida de mas numeroſa, y atendida Nobleza; con quien conviene Decio *conſ.53. num. 21. & conſ.1. lib.1. num.289.* y Aneo Robert. *lib.2. rer. iudicat. cap.4.* contemplò, que contener en ſu repreſentacion, y dignidades las Caſas de la Nobleza mas iluſtre, era la fundamental maxima del poder Regio, ibi: *Nos autem Monarchiæ Novis, & robur, ac Regalis potentiæ firmamentum ex illuſtrium, ac Nobilium familiarum dignitate reputamus*; conducit Caſan. *in Cathal. glor. mund. part.5. conſider.15. & 19.* Ioannes Leceriel. *de primog. quæſt.13. num.2.* D. Valenç. *conſ.82. num.33. & ſeqq.*

Lo

106 Lo mismo ponderò con propiedad à nuestro assumpto Matienç. *in leg.7. tit.7. lib.5. Recop.gloss.4.num.1.* Adan. Concet. *in polit. lib.1.cap.17.§. 2. & amplius*, §.4. latè Giurb. *de fæud.§.1.gloss.8. à num.* 1. Cardin.Luca *de fæud.in controvers.Boscol.num.154.*ibi: *Eiusdemque Reipublicæ interst splendorem familiarum vassallorum conservari, ac augeri.* D.Molin.*lib.1. cap.18. num.* 8. Castill. *controvers. cap.* 157. *à num.* 17. Antun. *de donat. Reg. part.2. lib.1. cap.11. à num.82.*Philip. Esquinisch. *in tract. de fideicommis. familiar. per tot. vbi adducit omnia, & iure, & moribus, communiter recepta*; y en el *cap.8. num.188.* funda con numerosas exornaciones, que esta publica conveniencia es igualmente interessada en la manutencion de las varonias excelsas, para que con los matrimonios, y succesion de las hembras no se ofusque su representacion en estrañas familias, en que contestan Petr.Greg.*de Rep. lib.7.cap.4.num.* 13. Herning.Arnis.*politic.lib.2.cap.2.sect.12.ex num.160.*Anton.Coler. *sect. de iur. imperij, Thes.* 32. ibi: *Ne decus imperij transferatur ad exteros.*

107 Y si lo referido no basta, para que dicha causa se pueda, y deba estimar por justa, compruebelo con mayor claridad nuestra *Ley Real* 7. *tit.7. lib.* 5. *Recop.* cuyas palabras abrazan con primor todas nuestras ponderaciones, y las acreditan ciertas, y seguras; dize pues en ella la Magestad Cesarea de el señor Emperador Carlos V. las palabras siguientes: *Otrosi somos informados, que por causa de averse juntado en nuestros Reynos de poco tiempo à esta parte, por via de casamiento, algunas Casas, y Mayorazgos de Grandes, y Cavalleros principales, la memoria de los fundadores de los dichos Mayorazgos, y la fama de ellos, y de sus linages se disminuye, y pierde, consumiendose, y menoscabandose las dichas Casas principales; en las quales muchos de sus parientes, y criados, y otros homes hijosdalgo se acostumbravan mantener, y sostener; lo qual, demàs de ser perdida de los mismos linages, que por los buenos servicios, que à los Reyes nuestros predecessores hizieron, como merecieron ser honrados, y acrecentados, merecen de Nos, y de nuestros succcessores ser sostenidos, y conservados. E assimismo mucho deservicio nuestro, y daño, y perjuizio de estos nuestros Reynos; porque disminuyendose las Casas de los Nobles de ellos, no avrà tantos Cavalleros, y personas principales, de quien nos podamos servir; y por esto, considerando los dichos inconvenientes, &c.* Passa à decretar la separacion de dos Casas, y Mayorazgos, quando se juntan por casamiento,

y excedenſus rentas de dos quentos de maravedis en cada vn año, cuya deciſion no tiene propiedad con eſte aſſumpto, y por eſſo exhibimos ſolas las expreſsiones, en que ſe motivò.

108 En ellas, pues, ſe advierte exaltada la permanente duracion de las Caſas Nobles, y preferida la memoria gratiſsima de los fundadores, ſu repreſentacion, y renombres à las comunes reglas de ſucceder: hallaſe aſsimiſmo (por el teſtimonio, y aſſercion mas auguſta) calificada, y intereſſada la conveniencia publica de el Reyno, en la ſeparada conſervacion de la Nobleza, y ſus Mayorazgos, como medio el mas legitimo, y autorizado de el dictamen comun de las gentes, para perpetuidad de el honor, y timbres de los Varones excelentes, que vincularon à eſtas fundaciones ſu memoria, y la mas inſigne perpetua atencion de ſus Caſas. Tambien ſe canoniza en la miſma ley, por el mas irreparable de los perjuizios, que ſe ofrecen à la Monarquia Caſtellana, la vnion, y confuſa mezcla de diverſas Caſas, porque ſuprimen, y obſcurecen la fama memorable de ſus fundadores, y de los hechos iluſtres, y ſervicios, que los hizieron benemeritos con ſus Principes, y ſu Patria. Veeſe tambien ponderado, no por el mas infimo de tan dañoſos inconvenientes, el deſconſuelo, y ſoledad deſvalida de los parientes, criados, y otros muchos hombres de calidad, que vivian atendidos à la ſombra de aquella proteccion, ſuprimida, y caſi olvidada en la memoria de la Nacion. Y finalmente, quantas conſideraciones ſe reparan meditadas para la expedicion de la facultad Regia, tantas ſe vèn con admirable providencia traducidas, y calificadas de juſtas en el proemio de eſta Ley Real, de ſuerte, que caſi parecen formadas por vna minuta.

109 Luego ſi eſta ſuprema, y general deciſion ſe ha contemplado tan profiqua, y neceſſaria al interès publico de el Reyno, por los acordados motivos que la inſpiraron, ſobre que juntan numeroſas comprobaciones los Expoſitores, que gloſſaron dicha ley, vt videre eſt per Matienç. *in ea gloſſ.* 2. 3. & 4. Azeved. *in eadem leg.* ibi: *Iure optimo legis noſtræ conſtitutio proceſsit, vt ſic eorum voluntatibus, & publicæ vtilitati in eis conſervandis mederetur, & remedium aſsignaretur; nam alias, vt ex legis noſtræ tenore licèt videre, faciliter deſtruerentur memoriæ, ita vt memoriæ conditorum non remanerent, ſed lapſu temporum abolerentur;*

D,

D.Molin. *de primog. lib.2.cap.14.num.29.* D.Didac. de Simanc. *de primog. lib.1. cap.19.* donde acordando eſta ley, y las cauſas en que ſe motivò, dize: *Atque id quidem rectiſsimè, ne illuſtrium virorum nomina, & memoria confundantur.* Parlad. *tom.3. quæſt. 5. num. 2.* his verbis: *Huius autem prohibitionis, triplicem legislator reddit rationem. Prima eſt, vt maioratum Authoribus conſulatur, ne eorum memoria intereat Altera eſt, vt ſubveniatur hominibus de illa familia, quia ab ipſis primonijs ſolent gentilicio ſtudio accipere beneficium. Tertia eſt, quia Regni, Regiſque interſt, ne Nobilium familiæ extinguantur,* Mier. *de maiorat.part.2.quæſt.4.illat.3.num. 11.* copiosè, & eruditè tradit Rox. *de incompat. part. 8. cap. 1. per tot.* Como ſe podrà dexar de confeſſar à las facultades agnaticias de Doña Maria de Tobar, y Don Juan de Tobar ſu hijo (que al parecer fue la pauta de aquella ley tan juſta, como prudente) los miſmos privilegios de juſtificacion, y advertida cordura?

110 Acaſo no ſe experimentaràn con dolor todos los graviſsimos inconvenientes, que reciprocamente cuydaron evitar en ſus caſos la Ley Real, y facultades de Doña Maria, y ſu hijo, ſi ſobre la ſolidèz de el fundamento de ellas no ſe huvieſſe levantado la ſolemne fabrica de las fundaciones, que aſſeguraron perpetuos explendores à la varonia de Tobar, y ſu iluſtre Caſa? Vinculando à la eternidad las excelencias de ſu renombre, y virtudes heroycas de los heroes mas eminentes, con que ha fecundado en felicidades à Caſtilla.

111 Como ſe perpetuarà eſta memoria, que por tantos años ſe ha mantenido, ſi (dictada la ſucceſsion por los Mayorazgos de regular naturaleza antiguos) ſe ſumergiera aora por la perſona de Doña Maria de Velaſco y Tobar en la Caſa, y Eſtado de Oſſuna, donde ſolo brillan los iluſtres timbres de los Girones? Quien podrà dudar, que ſentiria la Caſa de Tobar la miſma confuſion, que han padecido otras, como las de Quiñones, Herrera, y Benavides, ſuprimidas en la de Benavente, con los Mayorazgos de Herrera, Luna, y Javalquinto, y ſepultadas en ella las noticias de ſus fundadores, que con dificultad ſe permitiràn à los muy noticioſos ſus hechos famoſos? Y ſi ſe abrieſſe puerta à la incluſion que fomenta la Duqueſa de Oſſuna, yà ſe advierte quan immediata ſe menoſcabàra ſu ancianiſsima autoridad, y repreſentacion, aviendo de ſer acceſſoria à la forçoſa primacia de

los Girones. Y si estos casos son inseparables de el publico interès (por lo que hemos fundado, y la misma Ley Real comprueba) todos estos gravissimos reparos hizieron passo à la causa publica, que justificò las facultades Reales que defendemos.

112 Y se confirma, y afiança con mas seguras firmezas esta doctrina, con otra no menos legal, y cierta, admitida de todos los AA. que trataron la materia de Mayorazgos; los quales en la question que sobre los tratados, y capitulos matrimoniales, en los quales se suele prevenir (para en caso de juntarse por las dos lineas diversos Mayorazgos en la descendencia de aquel matrimonio) su division, y separacion que (como dexamos yà fundado, y prenotado) lo pueden hazer, y pactar, interviniendo para ello facultad Regia, no obstante, que con toda intrepidèz, D. Paz *de tenut. cap. 57. num. 200.* afirmase, quod etiam absque facultate Regia, quedaria valido el tratado, queriendo apropiarse para su apoyo al señor Molin. *lib. 1. cap. 8. nnm. 34.* que no admite tal cosa, y por sus Add. *in dict. num.* se censura la peligrosa animosidad de Paz, conteniendose en la moderacion con que ofrecimos nuestra proposicion, ibi: *Vbi hoc fieri posse, subdit, licèt Regia potestas non intercedat, quod periculosissimum esse, fatemur, nec parentibus liberum, nisi ad id Regius præcedat assensus, quo suffragante, possunt antiquas maioratus leges, ac successionis ordinem mutare, vt hic asservatur, & communiter tenetur adducens Pinel. vbi supr. D. Padill. in dict. leg. vnus ex familia, §. si de falcidia, ff. de leg. 2. num. 20.*

113 En fuerça de lo qual, y doctrina tan clara, y manifiesta, arguye el señor Castill. *tom. 3. controu. cap. 28. num. 6.* de la disposicion de la Ley Real à el particular caso de facultades, tan formal, y terminante à nuestro intento, y con tan singulares expressiones de su doctrina, que no puedo omitir el traducirlas, y ponerlas presentes, ibi: *Vt scilicèt in casu partic ulari, quo ad immutandam voluntatem testatoris, & iuri vocatorum, aut substitutorum, præiudicandum, Principis dispositio, vel concessio, seu facultas, quæ ex eadem causa, vel alia simili, publicæ vtilitatis emanaverit, iustificari debeat omnino. Et sic quem admodum pro causa iuxta, & publicæ vtilitatis, in ea lege expressa, habita est, vt lege generali lata, ita ad exclusionem primogeniti, & eius lineæ, quoad vnum maioratuum, & ne duo iungerentur, statutum est, ita, & æqualiter, adque ob eamdem rationem, vt iuri vocatorum derogetur, suc-*

sucedendi ordo præfixus à Principe alteretur haberi debeat causa eadem, quæ in casu particulari occurrerit, & Principem adduxerit, vt testatoris voluntatem mutaverit, quo ad ordinem succedendi (aqui) verè namque non est dare discriminis rationem inter vnum, & alterum casum, nec Principis potestas, quæ generaliter statuendo ibi non restringitur, restringi poterit in casu particulari, si in ipso eadem de causa excitatum Principem apparuerit, quo in dicta lege Regia, & eius præfatione generaliter excitatur, quod (vt vides) & verbis legis ipsius, & iuris principijs, valdè convenit, & si lex illa recta, & iuridica est (vt dici debet in dubio, nec aliter dici potest) idem dicendum est in causa particulari, quod in generali dispositione ipsius, &c.

114 Premeditado lo que el señor Castillo nos propone, no solo prueba el assumpto para que le acordamos, empero purificando la generalidad de la ley, con otra semejante particular expedicion Regia, asistida de las mismas causas proemiales, que por justas, y juridicas expressò la misma ley, no halla razon de diferencia, y asienta, tan igualmente deber quedar firme, y valida la facultad Regia, como lo decisivo de dicha ley. Y si hazemos reflexion à las facultades Reales que obtuvieron Doña Maria de Tobar, y su hijo Don Juan, y à los motivos que las persuadieron, y en cuya virtud se expidieron; permitasenos preguntar à los Abogados de el Duque, que las quieren impugnar con las ruydosas aclamaciones, que acumulan para invtil bateria de su firmissima solidèz legal, dictada de los mismos motivos, que tuvo presentes la ley de el Reyno: què diferencia, ò disonancia nos pueden dar de vno à otro? No nos pueden negar, què son las mismas substancial, y identificamente las causas que inspiraron la ley comun, y las que ilustran con influxo favorable nuestras facultades, porque la buena fee les obligàra à este conocimiento; y cotejadas vnas, y otras clausulas, vendràn, y deben venir en reconocimiento, que si la decision de la ley es tan justa (en lo vniversal) como lo reconocen todos los DD. y tan privilegiada la precisa firmeza en lo que dispone, que fuera sacrilega desatencion atreverse à la disputa, igualmente en las ocurrencias particulares de iguales circunstancias se avrà de confessar, y reconocer, es tan justamente efectivo el poder de la soberania, y que nuestras facultades tienen prerrogativas de la mas justa firmeza, è indisputable segura validacion.

115 Y porque no parezca singular D. Castillo en lo que prenota, considera, y resuelve lo mismo D. Larrea *dict. alleg. 115. videndus, num. 50.* y con sumo magisterio Don Pedro de Salcedo *dict. cap. 14. de leg. polit. lib. 2. à num. 69. & seqq.* despues de aver puesto todos los principales argumentos, haze este en su comprobacion, propissimo de este discurso: *Agite nunc, qui à Principe potestatem abdicatis. Ratione conservationis familiarum memoria Maiorum, Princeps in præiudicium legitimæ filiorum facultates indulget ad instituendos Maioratuus, & substinentur instante naturali iure successionis filiorum. Et dum conservationi familiarum congruit hoc ius primogenito filio, competens aufertur à Principe, in dict. leg. 7. & legitimè substinentur dispositiones: Ergo idem dicendum est, quod si facultas à Principe concedatur ad mutationem dispositionis Maioratuus, vt exclusis fœminis, quæ antea admittebantur, tantum agnati in Maioratu succedant, dispositio facta virtute ipsius facultatis substinenda erit, cum ex illa conservatio familiæ sortiatur, & erit causa sufficiens, ex dictis, ad derogationem iurium, alicui pertinentium.*

116 De forma, que las disposiciones de Doña Maria, y su hijo, afiançadas de las facultades Reales, prescrivieron en los llamamientos de agnacion lustrosa permanencia, preservada de confusion, ò menoscabo à la Casa, y renombre de Tobar; si esta causa influye à la comun vtilidad interessada en la perpetuidad, y conservacion de las Casas Nobles, mayormente en las que se han adquirido tan primera estimacion entre las mas elevadas; si esta atencion, y la de conservarlas en su autorizada representacion, acomula tantas ventajosas grandezas à la Monarquia, quantos daños ocasiona al Real servicio su confuso deslucimiento, y suprimida autoridad, tan advertidos de la ley de el Reyno; si esta decision ha sido venerada, como oraculo de la politica mas prudente, y deliberacion mas justificada por los aumentos de la salud publica, que la dictaron, y se perciben de su contexto; si al exemplo (en fin) de esta ley general decretan los Autores mas severos la politica potestad de el Principe, en los casos particulares de facultades, y rescriptos, publicandolos justos, y efectivamente validos, para variar los Mayorazgos antiguos, sus llamamientos, y calidades, y se exprimen con el exemplar de los matrimoniales tratados de division, y en las terminantes circunstancias nuestras, por el favor de la

ag-

agnacion, que assegura mas perpetua, y durable la memoria de los fuudadores, se vè proclamada la virtud justa, y poderosa de la facultad. Quien podrà dudar en las nuestras (aun quando la necessitemos à el concurso de causa publica) que la tuvo de el primer grado, en la que se ha ponderado hasta aqui, y que por esta sola, y fundamento en su virtud expressado, es innegable su justissima validacion.

117 Mas à esta causa, y fundamento, que por si es justa eficàz, y primariamente publica; para assegurar fuerças à nuestras facultades (como llevamos fundado) tiene nuestro pleyto mas poderosos sus influxos, como se manifestarà en los demàs fundamentos.

Segundo Fundamento.

QUE LOS MERITOS, SERVICIOS DE LOS impetrantes fueron justo motivo, y causa publica de las facultades.

118 BIen notorios, y atendidos eran (en aquella edad, y lo son, y seràn siempre) los insignes meritos, y servicios inestimables, que tributaron à la Mageстad Cesarea de el Emperador Carlos V. assi Don Iñigo Fernandez de Velasco, Condestable de Castilla, como la Duquesa de Frias Doña Maria de Tobar su muger, impetrantes de dichas facultades Reales, de que haze bastante expression el Obispo de Pamplona Don Fray Prudencio de Sandoval, Coronista de la misma Persona Real en su historia, y vida, y se puede vèr desde el *lib.* 2. hasta el 9. y especialmente en el *lib.*7. *part.*1. §. 4. *fol.*341. donde pone à la letra la carta de el señor Emperador, que escriviò al Condestable desde Bruselas en 9. de Septiembre de 1520. y porque el tratado de dicho Historiador puede ser no estè tan à la mano, y ser razon manifestar lo que la Cesarea Persona, por sì mismo en su carta mas bien expressa, se pone aqui à la letra:

119 *Condestable, Primo, Duque de Frias, assi por Cartas vuestras, y lo que Pedro de Velasco me ha dicho de vuestra parte, como por relacion de el Muy Reverendo Cardenal de Tortosa, mi Governador de essos mis Reynos de Castilla, he visto lo mucho que aveis trabajado en mi servicio, è la voluntad con que entendeis, assi en la pacificacion,*

y

y sossiego de essa Ciudad, como de todas las otras de el Reyno, è lo mucho, que à ella aveis aprovechado; lo qual os agradezco, è tengo en singular servicio. Es la obra, que de vos esperava, y la que vos, è vuestros passados aveis fecho hasta aqui; è soy cierto hareis de aqui adelante. Hame mal parecido en gran manera, vèr lo que en essos Reynos me escriven, que ha sucedido, è las alteraciones, que en ellos ay, è lo poco que han aprovechado las mercedes, que les he fecho, è clemencia, que con ellos he vsado en tan grandes, è inormes delitos, como los acaecidos, sin aver tenido, para lo hazer, causa, ni razon, è conociendo de mi voluntad, que tengo al acrecentamiento de los dichos Reynos, placerà à Nuestro Señor, lo remediarà, è Yo assi lo espero en su infinita clemencia. Creed, que por lo mucho que los amo, y estimo, è amor que les tengo, y pena que recibo del trabajo de ellos, si pudiera diferir, lo que toca à mi Coronacian de el Imperio, è otras cosas, que son grandes, è de tanta calidad para mi honra, è bien de todos mis Reynos, como sabeis, dexados todos otros, è qualesquier negocios, de qualquier importancia que fueran à la hora me embarcara, como pudiera, è me partiera allà por lo remediar. Al presente no puede esto ser, porque como por otras os he escrito, ha muchos dias que tengo llamados los Electores para la dicha mi Coronacion, è las Ciudades de el Imperio, para proveer, è dar orden de las cosas de el Estado. E por ser cierto el tiempo que les señalè para lo susodicho, tengo carta de ellos, que son partidos de sus casas, è tierras. E Yo me he dado, è darè adelante tanta priessa, è diligencia, en lo que se ha de hazer, que espero, que mi buelta serà allà bien presto, antes de lo que pensava. Entre tanto, teniendo por cierto, que aprovecharà, y remediarà mucho proveer de Virreyes, que sean naturales de los dichos Reynos, durante la dicha mi breve ausencia de ellos, y teniendo de vos la confiança, que de mi mismo he acordado, que juntamente con el Muy Reverendo Cardenal de Tortosa, vos, y el Almirante de Castilla, entendais, y tengais cargo de la Governacion, è pacificacion de essos dichos mis Reynos, è todos tres seais Virreyes nuestros, è Governadores de ellos. Para lo qual avemos mandado despachar los poderes, è provisiones necessarias, è imbiamos con ellos à Lope Hurtado, Cavallero Gentil-Hombre de nuestra Casa. Por ende Yo vos ruego, y encargo mucho, que por me servir ayais por bien de lo aceptar, è quedando lo de essa Ciudad, lo mas à nuestro servicio, que pudieredes, de manera, que si pudiere ser, quede en toda paz, y sossiego, todas las cosas dexadas, os partais luego con diligencia, y vos vais à juntar con el Muy Reuerendo Cardenal de Tortosa, para estar, y residir juntamente con èl en el dicho cargo, que con otro he escrito à el Almirante de Castilla, rogandole,

que

que luego se parta, è vaya à juntarse con vosotros para lo mismo. E entre tanto que llega, podreis el dicho muy Reverendo Cardenal, è vos, proveer lo que os pareciere que convenga para el remedio de los dichos Reynos, conforme à los poderes, è instrucciones, è otros despachos, que con el dicho Lope Hurtado embio à el dicho muy Reverendo Cardenal; el qual, en llegando, os mostrarà. E porque sobre todo lo dicho, Lope Hurtado, è assimismo Pedro de Velasco, Gendil-Hombre de mi Casa, que para hablar os embio, vos dirà mas largamente de mi parte todo, lo que yo les he dicho, y el bueno, y prospero successo de mis negocios de estas partes: dadles fee, y creencia en esto que vos encargo; pues veis lo que me và, è toca, è lo que importa à mi servicio. Hazed lo que de vos confio, y espero, è tengo por cierto, è lo que debeis al amor que os tengo, que esta serà otra mucha obligacion, que me hareis, para mirar, y favorecer todo lo que os tocare, como es razon, è vos lo mereceis. De Bruselas dicho dia.

120 Aunque solo el contexto de esta Carta desempeña el assumpto de este fundamento, por los grandes, y muy apreciables servicios, que hechos à la Cesarea, y Catolica Persona, de ella se descubren, lo testifica, aun con mas seguros realces, el Ilustrissimo Coronista, quien alabando el acertado encargo hecho por la Real Persona à el Condestable, discurre de su glorioso efecto en esta forma: *Si esta provision de Governador se hiziera antes de partir el Emperador de España, sin duda alguna no huviera las alteraciones que huvo.* Y prosiguiendo en el §.4. *fol.* 343. de dicho libro, y aviendo antes ponderado el mal estado en que por la suma alteracion de diversas Provincias se hallava el Reyno, y la grandeza, y noble animo con que el Condestable sirviò à la Real Casa, dize: *A todo lo qual se oponia el Condestable, no porque hasta aora el Emperador se lo huviesse encomendado, como agora hizo, sino movido de la grandeza de su animo, y lealtad, con que estos señores siempre sirvieron à la Casa Real. No he hallado, que ninguno de los Grandes de Castilla se pusiesse primero en esto, si bien todos à su tiempo acudieron como buenos. Temia el Condestable, como prudente, la dificultad de el hecho, y que aventurava, no menos que su vida, y Estado en tomarse con tantos, principalmente estando sin armas, y sin dinero, y sin favor de el Rey; y los que se levantavan eran muchos, y poderosos; porque por lo menos eran treze Ciudades de las mayores de Castilla, con otras Villas, y Lugares, y Cavalleros ricos, y arriscados, y bien enojados con el Emperador, y sus Ministros. Negocio de tanta consideracion, y peligro, que*

 otros

otros Grandes tuvieran por acertado, y aun forçoſo eſtarſe quedos, y à la mira en ſus caſas, y aconſejavan lo miſmo muchos al Condeſtable.

121 No es menos recomendable, y digna de alabança la operacion de el corazon grande, y fidelíſsimo de Doña Maria de Tobar, que con varonil esfuerço alentava al Condeſtable ſu marido à tomar las armas, y menoſpreciar rieſgos, como el miſmo Hiſtoriador en el lugar citado lo teſtifica: *Fue vna Señora* (dize) *de las muy diſcretas, y valeroſas, que en ſu tiempo tenia Eſpaña. No era de la opinion de los que aconſejavan al Condeſtable ſu marido, que eſtuvieſſe à la mira, ſino la que mas le perſuadia al ſervicio de el Rey, y que hizieſſe reſiſtencia à los Comuneros, y miraſſe por eſtos Reynos; pues à èl, como Condeſtable, Capitan General, Iuſticia Mayor, y ſegunda perſona deſpues de el Rey, por ſu Oficio le incumbia, ſi bien aventuraſſe hazienda, vida, y Eſtado.* No es tampoco de omitirſe para eſte miſmo punto, lo que por la carta eſcrita por dicha Doña Maria al Condeſtable, en 19. de Junio de el miſmo año, ſe manifieſta en ſu corroboracion, y deſempeño, que por ſer mas breve, y explicarſe mejor, me pareciò preciſo el tranſcrivirla, como la trae el miſmo Sandoval à continuacion de lo referido; y dize aſsi:

122 *Muy Iluſtre Señor. La carta de V. S. recibi con Pedro de Velaſco, y lo que me parece, es, que pues el Rey de donde eſta haze lo que puede en daros ſu poder, y hazienda, V. S. ſe determine à poner el ſuyo, que ſi èl le pierde, no es mucho que V. S. perdais el vueſtro, y todos los que hizieren lo que ſon obligados; pues no le perdiendo, ſeguros eſtaràn V. S. y ſus ſervidores. Lo que me parece que V. S. y el ſeñor Almirante deben hazer, es, hazer llegar dinero, y mucha gente, y acometer eſta fortuna. Yo eſcrivo à Pedro de Melgoſa, que por todas vias provea de dinero. Lo de Toledo he ſabido, y quando mayor mal aya, es meneſter mayor acometimiento. Eſperad en Nueſtro Señor, que pues en eſto le ſervis, y ſervis à vueſtro Rey, que èl os favorecerà; y porque con el Contador eſcrivirè à V. S. largo, ceſſo. Nueſtro Señor, la muy iluſtre perſona de V. S. me guarde, mas que à mi. De Haro à 19. de Iunio, año de 1520.*

123 Todo lo qual comprueba lo mucho que en ſervicio de la Real Corona avia trabajado, y trabajava el Condeſtable Don Iñigo Fernandez de Velaſco, en la pacificacion, y ſoſsiego de el Reyno, y Patria, en la ocurrencia de las Comunidades, que alteraron la quietud publica, y cauſaron en el Soberano el ſobreſalto, que de ſu carta ſe conoce, y es ſa-

bi-

bido aun de los menos noticiosos. Y si Paulo en la *ley* 34. §. 1. *de donationib.* publicò inestimable vn beneficio, y servicio, conferido à vn particular, faltandole vozes para explicarle, ibi: *Non enim merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis, certo modo existimari non placuit*; què concepto hiziera de el corazon grande de vnos Vassallos tan ilustres, y empleados en el servicio de el mayor Monarca, como lo estavan entonces el Condestable, y la Duquesa de Frias su muger? El vno, personalmente defendiendo la Corona, su aumento, y quietud de sus Ciudades, con el riesgo de su vida, pèrdida, y atrassos de sus Estados. Y la otra, como segunda Judich valerosa, por la restauracion de su Patria, conservacion de la Corona, y de tan grande Monarca; tan olvidada de sus propias conveniencias, y sin aprecio de los grandes riesgos, que en lo referido amenazavan, con aliento generoso alentava à su marido, que pospuestas todas sus conveniencias arriesgasse su persona en servicio tan debido à su Rey, y Señor natural, como del contexto de su carta se comprueba. No ay duda, que à vista de tan leales, como magnificos servicios, assi por los que los obraron, como por la Persona Real, en quien refundieron, y de todo su Reyno, Corona, y causa publica, declararia, y estimaria el Jurisconsulto Paulo, por muy justa, firme, y valida, qualquiera remuneracion del Soberano; y assi nos lo comprueba el señor Rey Don Alonso, *in leg.* 23. *tit.* 10. *partid.* 2. *& melius leg.* 57. *tit.* 18. *partid.* 3. ibi: *Fermosa gracia es, la que el Rey faze por merecimiento de servicio, que aya alguno fecho, ò por bondad, que aya en sì.* Y en el *tit.* 27. *part.* 2. se vè exaltada con singulares ponderaciones la franqueza Real, y remuneracion de los servicios. Si esta, pues, es justa, y bien parecida, quando la persuaden los servicios, y bondad de los impetrantes, quo iure, aut ex qua causa, ay aliento para querer calumniar, disputar, ò intervertir las facultades, que la Cesarea Persona expidiò à suplica, y impetracion del Condestable, y su muger? tan benemeritos para obtenerla, y de quienes se hallava tan servido, y beneficiado, que el no concederla, fuera agraviarse à sì mismo, faltando à correspondencia tan debida.

124 Por quanto la remuneracion de servicios, à los que trabajaron en obsequio de la Corona, es inspirada al Principe por todos los Derechos, como dixo Seneca *epist.* 28.

(con

(con quien conviene Cicer. in orat. pro Caio) ibi: *Credamus nihil esse grato animo iustius, omnes hoc vrbes, omnes etiam ex Barbaris Gentes clamant. In tanta iudiciorum diversitate, referendam benemerentibus gratiam, omnes vno ore affirmant, in hoc discors turba consentit.* La razon es, porque el principal fundamento de la justa dominacion, el polo mas firme de las Monarquias, y Republicas, y el luminar mas lustroso de el Govierno, se obscureciera, y quedara reducido à confusion insufrible, si la faltasse esta luz provechosa à la salud publica, iuxta Arist. *lib.* 1. *Retoric. & Æticor.* 1. *cap.* 5. Plutarc. *lib.* 5. *de Republic.* Plin. *lib.* 2. *Histor. Natur. cap.* 7. & abundantissimè Alex. ab Alex. *dierum gener. lib.* 5. *cap.* 1. y esta virtud politica ha sido, y lo serà siempre, celebrada con los mayores elogios, y con ellos la publicò Plutarch. de Pirro, Rey de los Epirotas, *in eius vita*; en su Trajano la declarò Plinio *in panegir. cap.* 7. y el Rey Don Alonso de Aragon, y Napoles, dize Anton. Panormit. *de dict. fact. eiusdem Reg. lib.* 1. *à nemine vnquam gratitudine, & officio se vinci passum.*

125 Y en fuerça de lo referido todos los AA. Juristas, y Politicos, reconocen (y no pudieran menos) que se interessa la causa publica, y comun vtilidad de el Reyno, en premiar los servicios famosos de los Vassallos benemeritos, sic notant D. Gregor. Lop. *in dict. leg.* 57. *gloss.* 2. D. Valenç. *cons.* 82. *n.* 34. & *cons.* 161. *à num.* 41. D. Solorç. *de iure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 1. & *emblem.* 781. *per tot.* Robert. *politic. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 81. & *cap.* 6. *num.* 27. Marq. *in governat. Christ. lib.* 2. *cap.* 3. y en su prueba dixo la elegancia de Casiodoro (y fue primero maxima de Justiniano *in Auth. vt iudic. sint quoq. suffrag. §. cogitatio igitur, collat.* 2.) en la *epist.* 11. de el *lib.* 3. *beneficia siquidem sunt, quæ Regna sublimant, & libertatis Dominus iugiter potest crescere, si sibi subiectos studeat ampliare*; y Bardayo *in argenid. lib.* 1. llamò inhumanidad perniciosa la desatencion en remunerar servicios, ibi: *Et genus inhumanitatis noxissimum esse, non illos ex tollere, & præmis solicitare.* Y Euripides in Herquel. no dudò afirmar, que la fatal ruyna de la Republica procedia de no diferenciar en las mercedes, à los que se avian adelantado en meritos singulares: *In hoc periunt* (dize) *multæ Respublicæ, cum qui bonus, & extrenuus est vir, nihil plus quam ignabus fert præmij*; à que aludiò Cornel. Tacit. en el libro de su Historia.

Pe-

126 Pero ciñendome, y apropiandome à los terminos mas immediatos de nuestra defensa, se vèn comunmente atendidos los meritos personales de el posseedor de el Mayorazgo, y sus servicios con la Corona, y aclamadós por causa publica, justissima, y eficàz à persuadir las facultades de obligar, vender, ò acensuar los bienes de su fundacion, con el obsequioso motivo de assistir à la Reyna, fundò Azeved. el valor de vna facultad *in cons. 30. num.* 31. y por la misma causa, y otras de esta classe, defendiò la virtud efectiva de otra, Juan Francisco Ponte, concedida al Conde de Monte-Leon *dict. cons.* 152. *num.* 27. *&* 28. his verbis: *Alia causa publica consistit in servicijs factis per Ducem, dignis maxima remuneratione, in Regno Cathaloniæ, concernentibus bonum publicum Regni illius, &c.* Tapia *dict. decis.* 20.*num.*11.Noguer.*alleg.*32. *num.*157. funda, que los empleos de embaxadas, y los gastos, que en ellas ocurren, son motivo publico, y justo de la facultad Real, ibi: *Sextò probatum stat à Marchionissa plura ex his creditis contracta fuisse causa publicæ vtilitatis in legationibus, quas ad diversa Regna fecit de Regis mandato, quæ iusta concedendi facultatem est causa, &c.* y lo resolviò con magisterio D. Molin. *lib.*4. *cap.*3. *num.*2. por estas palabras: *Qua in re animadvertendum est, quod causa publica dicitur, quando maioratus possessor facultatem petit ad bona maioratus alienanda, vel hipothecæ subijcienda, vt Regi in bello deserviat, vel eundem in aliqua publica expeditione, quæ Regni publicam vtilitatem contingat, committetur, vel quid simile, quod publicam Regni vtilitatem contingat, faciat, &c.* Videndus Pater Molin. *de iust. & iur. disput.* 649. *tract.* 2. & alij congesti per Add. ad D.Molin. *vbi supr.* facit Fusar. *de subst. quæst.* 538. D. Cresp. de Valdaur. *observat.*106.*num.*8.donde recuerda la decision del Supremo Consejo de Aragon en favor de el Duque de Naxera, pronunciada el año de 1649. D.Salg.*in labyr. part.*2.*cap.*9. *num.*13.

127 Quien podrà negar, que el medio de destrozar los Mayorazgos, y dissiparlos, es el de sujetar sus propiedades à las deudas, y enagenaciones, que meditan los que los posseen? y que (por preservarlos de esta ruyna) deben indagarse las causas publicas con que se motivan (para este efecto) regularmante las facultades? Pues si en casos de escrupulosa animadversion, decretan los AA. mas severos el justo vigor de los rescriptos, y expediciones Reales, estimando mas

privilegiada la remuneracion de el poſſeedor benemerito, que la permanencia de la fundacion (aunque firmemente eſtablecida por todos derechos) y la fundan con tan conformes dictamenes (como ſe ha demonſtrado en las doctrinas anteriores) quanto mas poderoſa influencia ſerà la de eſtos miſmos meritos, que concurrian en el Condeſtable, y la Duqueſa (como los dexamos prenotados) para juſtificar vna novedad en las facultades, que impetraron ella, y ſu hijo, que ſolo variò las precedencias de ſucceder entre los de la familia? Y que pudiendo con deſtruccion de los antiguos Mayorazgos, defraudarla de aquel antiguo eſplendor, que le vincularon, no ſolo no ſe les ofreciò la imaginacion, ſino que le perpetuò los aumentos de el mayor luſtre que intereſsò en ſus agnaticias fundaciones (como lo dexamos fundado) y à que vnicamente ſe reduxo la impetracion de dichas facultades?

128 Y por cerrar de el todo qualquier recurſo de evaſiones cabiladas, acordamos doctrinas formales en los preciſos terminos de variar los llamamientos, y clauſulas anteriores, que enſeñan ſer la cauſa, è interès publico, para motivar con juſtificacion eſtas conceſsiones, y los ſervicios perſonales de los impetrantes, à quienes ſe diſpenſan, y que en eſte concurſo es innegable la poteſtad Real de el Soberano, para franquear con entera ſeguridad eſtas gracias, lo funda Ioann. Thom. de Marin. y refiere vna expreſſa, y terminante deciſion *in tract. de feud. tit. de feud. ex pact. & provident. 2. num.87.* à quien ſigue, y exorna Pont. *dict. conſ.152. num.23.* his verbis: *Qui conſuluit in derogationem iuris agnatorum ex fideicommiſsis vocatorum quibus Rex conceſsit privilegium ex plenitudine poteſtatis, quia ius agnatorum erat in ſpe, quia quæſitum veniebat de iure civili, & tandem in remunerationem ſerviciorum eſt deciſio puntualis, & individualis Ioann. Thom. de Marin. &c.* Y ſe induce tambien por doctrina de Decio *conſ. 390. num. 10.* y es formaliſsimo, y terminante D. Caſtill. *controverſ. 5. lib.3. cap.28. num. 10.* cuyas palabras, por ſer tan eficaces, y de tan viva ponderacion, me ha parecido preciſo el expreſſarlas.

129 Dize pues: *Vbi, & publicæ vtilitatis cauſa, quoad caſum particularem dicetur, & Principis facultas, ſeu conceſsio, quoad derogandum iuri vocationum, ſeu ordinis ſucceſsionis, iuſtificabitur, quando Princeps, ad ſic immutandum ex cauſa remunerationis ſerviciorum*

(*quæ*

(quæ maxima fuerit) excitatus ſit, & ita in facultate, aut conceſsione expreſſerit; cita à Matienço, Peregrino, y otros. Y proſigue: *In quo etiam maturè erit deliberandum, & ſerviciorum, atque aliarum qualitatum, & circunſtantiarum ratio inſpicienda, &c.* Et amplius, ibi: *Vel eiuſmodi ſervicia fuerint, quæ iudicum animum adducere valeant. Vel niſi ea conceſsione, aut facultate id ipſum efficiat, & in effectu intendat, quod eorundem Maioratuum inſtitutores, vel alicuius eorum deſideraſſe, atque intendiſſe, veriſimiliter creditur. Quæ ſunt quidem notanda, quæ prolixa proculdubio conſideratione, & librorum omnium originali; & atenta lectura, ſic digeſta, & reſoluta ſunt, nec alibi ſic elaborata inveniuntur. Erunt tamen cum caſus occurrat matura deliberatione perpendenda.*

130 De la doctrina propueſta, y claridad que en sì tiene, ſe advierte lo favorable de nueſtro derecho, y la comprehenſion admirable con que abraza las mas particulares circunſtancias de las facultades que ſe diſputan; pues aunque la prudente moderacion de eſte Eſcriptor pudiera menoſcabar en parte la impreſsion favorable de ſu dictamen, en otras menos recomendadas ocurrencias, ſon tales, y de tan grande magnitud las que intervinieron, y que ſe reparan en los impetrantes de nueſtras facultades, ſus caſos, y motivos de ellas para ſu expedicion, que logra mas ventajoſa ſu firmeza en las detenidas cuerdas madureces con que Caſtillo aconſeja ſu conceſsion; porque ſe perſuaden ſus reflexiones, aſſeguradas todas en la relevancia de los meritos de el Condeſtable, y la Duqueſa (ponderados antes) y en lo que ſe premeditava obrar por medio de las facultades en beneficio de la familia, y Caſa de Tobar, à quien vincularon los Mayorazgos de Doña Maria, y Don Juan de Tobar ſu hijo, el mas luſtroſo crecimiento, y elevada eſtimacion, que demoſtrarè en otro fundamento. Y en ſuma nunca el ſeñor Caſtillo dudàra de la validacion de dichas facultades, conſeguidas con meritos, y ſervicios tan relevados, en que contribuyeron los impetrantes de ellas à la Mageſtad Ceſarea, ſu Reyno, y Corona, y à toda la cauſa publica, vt ex iam dictis patet, y que eſte graviſsimo Senador aprueba en todo con tales circunſtancias la validacion, y firmeza de ellas.

131 Quoadiuva mas la doctrina antes referida el caſo, que trae aun mas eſtrecho, Antun. *de donation. p.2. lib. 1. cap. 16.*

que

que ſobre ſer el que mas eſcrupuliza en la poteſtad Regia, y apura la cauſa neceſſaria para ſu validacion, en terminos de ſervicios inſignes, etiam en vn ſpurio los reſuelve por baſtantes, y cauſa juſta, para que el Principe pueda legitimarle, y habilitarle à la ſucceſsion de vn Mayorazgo, en perjuizio de los immediatos, à quienes ſe derivava el derecho de ſucceder, haziendole ſucceſſor al que por la nota de ilegitimo eſtava apartado, ò totalmente excluìdo de eſta conveniencia en el concepto de la fundacion; y eſto ſin embargo de el interès deſcubierto, è immediato de las perſonas, à quienes ſe dirigian los llamamientos; ſon ſus palabras de Antunez, ibi: *Idcircòque dicendum cenſeo, tunc in propoſito cauſam publicam intervenire, quando ſpurius, cui legitimatio de pleditudine poteſtatis conceditur, erat extrenuus miles, ſeu exercituus ductor, qui magna, & extraordinaria in Reipublicæ vtilitatem ſervicia Regi exibuerat, ad quorum remunerationem, Princeps eum legitimando conſanguineis præiudicare vult. Tunc namque data condigna ſatisfactione, & bono cambio, ritè, & rectè legitimare ſpurium ad ſuccedendum Princeps valebit. Conſtat enim apud omnes iuſtam cauſam dici publicæ vtilitatis benemerentes remunerari, cum id Reipublicæ valdè ſit vtile, & neceſſarium.*

132 Si en ſemejante caſo Antunez, para introducir vna diſtante, y nueva linea en la ſucceſsion, à viſta de los intereſſados, con el derecho mas proximo, y en ſu daño tan manifieſto, admite el reſcripto Regio, por el qual ſe confiere la repreſentacion capital de la familia, y el ſeñorìo mayor de las Caſas, à quien ſaliò con tan indecoroſa ſeñal de la naturaleza; porque la virtud propia, y el merito de heroycos aſſumptos, purifica la mancha de el nacer, y ſupera las reglas comunes de la ſucceſsion, ſujetandolas juſtamente al Soberano arbitrio; quien podrà negar à las facultades Regias de Doña Maria, y Don Juan de Tobar ſu hijo (adornadas de imponderables aſsiſtencias de la juſticia, y la razon, y de ſervicios tan elevados de la Real Perſona) las mas incontraſtables ſeguridades en ſu firmeza, y perpetua validacion? Sin olvidarnos de la juſta recompenſa, que intima Antunez en el lugar citado, que manifeſtarèmos averla avido en el fundamento ſiguiente.

Fun-

Fundamento Tercero.

EN LOS AVMENTOS DE EL MAYORAZGO antiguo, con los demàs revnidos à èl por Don Iuan de Tobar, y recompensa de las hembras successoras.

133 NOtorio es, y resulta de la fundacion antigua de el Mayorazgo de Juan de Tobar el incremento, y aumento que se le siguiò por los que Doña Maria de Tobar, y el Condestable su marido, y los que igualmente Don Juan de Tobar su hijo revniò, incorporò, y reduxo à consonancia con el mismo Mayorazgo de Tobar, que fueron los de Osma, Gandul, y Marchinilla, expressados, y contenidos en la vltima fundacion, y revnion de todos ellos, que con facultad Real, obtenida para dicho efecto *Memor.n.* por dicho Don Juan de Tobar, ordenò, y dispuso el año de 143. 1545. cuya revnion igualmente comprueba el justo motivo de su expedicion, vt cum pluribus Ciriac. *tom.2.controu.*312. *num.*19.Thesaur.*quæst.*100.*forensium,num.*6.Menoch.*cons.*158. *num.*40.Mieres *de maiorat.part.*1. *quæst.*26. *num.*92.ibi: *Et quod ob rationem, ne feudum dividatur, maximè si sit iurisdictionale, possit Princeps fundare primogenituram in præiudicium vocatorum.* Add. à Molin. *lib.*4. *cap.*3. *num.*6.his verbis: *Nota quoque, quod Princeps ad evitandam divisionem Maioratuus, potest Regiam facultatem concedere, qua bona Maioratuus vnita remaneant.*

134 Y comprehendiendo todos los motivos de esta doctrina, lo prenotò admirablemente el Cardenal de Luca *de feudis in controvers. Boscol. art.*2. *à num.* 151. in hæc verba: *Hoc autem potiori animo inadmitendum in feudo iurisdictionem habente suadet legalis non solum, sed politica ratio. Tùm, propter eiusdem iurisdictionis naturam. Tùm, propter interesse Reipublicæ. Tùm, propter subditorum vtilitatem. Tùm denique, propter directi Domini peculiare servicium iurisdictionis (inquam) natura indivisibilis est, qualem eam cognoverunt Bald. alijsque in numeri penes, Giurb. de success. feud. gloss.*8. *num.* 62. *interesse Reipublicæ cum melius ab vno, quam à pluribus imperij regantur habenæ;leg.*2.§.*novissimè de origin.iur.*ibi: *Novissimè sicut ad pauciores iuris constituendi via transisse, ipsis rebus dictantibus, videbatur: per parte evenit, vt esset necesse Reipublicæ per vnum Consuli; Giurb. vbi supr. Mart. de success. legal. quæst.* 23.

art.3. eiusdemque Reipublicæ intersit splendorem familiarum Vassallorum conservari, ac augeri. Altogrado controvers.penult.num.67. Quorum equidem familiaris splendor dignitas, ac memoria labefactatur, atque corrumpitur ex divisione bonorum, &c. Et amplius *num.160. Peculiare tamen Domini interesse, quia ex vnitate servicij præstatio gratior, & vtilior redditur, cum Principi intersit vnicum potius dibitem habere Vassallum, quam plures pauperes, eiusque Maiestas, eo magis fulgeat, quod nobiliores subditos habet, &c.*

135 No huviera podido la Casa de Tobar en su Mayorazgo antiguo, con los bienes, de que se fundò, aver mantenido, y conservado el lustre, splendor, y autoridad de su renombre (que es lo que deseò Doña Maria de Tobar en su facultad, que impetrò, como lo dizen sus palabras, ibi: *Lo qual era muy necessario, y conveniente para la perpetuidad, y conservacion de la Casa, Mayorazgo, Armas, y Apellido de Tobar*, que son las mismas razones, que expressò tambien Don Juan de Tobar su hijo, para impetrar la suya) à no aver ambos, como lo hizieron, aumentado dicho Mayorazgo antiguo, y por el consiguiente aver quedado beneficiada la fundacion de èl con los quantiosos bienes, rentas, y lugares, que se le agregaron de los Mayorazgos agregados, y los aumentos con que la Duquesa tambien le ilustrò, con la fabrica, y Patronato de la Iglesia Colegial, que fundò, con la Hermita de Paredes-Alvas, el Soto de la Sinagoga, la costosa fabrica del Palacio, que edificò en aquella Villa, el Titulo de Marquès, y otros quantiosos bienes; con que assi ella, como D. Juan su hijo, le aumentaron, y engrandecieron. Los quales ni se subrogaron en lugar de Gelves, ni las crecidas cantidades que tuvieron de costa, pudieran caber en el corto precio, que fructificò la enagenacion de aquella Villa; y sin cuya revnion, y aumento al Mayorazgo antiguo, y la autorizada dignidad de èl se huviera menoscabado. Y que otra cosa fuera permitir succesibles à las hembras en alguna porcion de las en que afirma este politico, sino arruynar el todo de su importante fabrica, destroncandola para aumentar otras familias con sus propiedades? Lamentando estos nocivos atrassos, parece que exclamò en favor de el Condestable nuestra parte, y sus fundaciones, que defiende Æneo Robert. *rer. iudicat. lib.2. cap.* 4. donde dize con alusion propissima al discurso nuestro: *Dignitas autem illa vix est, vt retineri pos-*

possit, si non ampla familiarum patrimonia, & antiqua, habitaque bona vno cumulo filijs, vel nepotibus, ac posteris masculis reserventur filiæ in alienam familiam traseunt. Mulier familiæ suæ caput, & finis est. Itaque siquid filij ex bonorum paternorum consequantur, id omne familiæ ex qua exeunt, diminutio est, clades, & interimentum. Cui convenit Tiraquel. *de primog. quæst.* 11. & quod latè congessit Giurb. *de feud. dict. gloss.* 8. *à num.* 6. D. Vela *dissert.* 49. *num.* 22. Hermos. *leg.* 44. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 6. *& num.* 1. *cum seqq.*

136 Por cuyas razones la causa de aumento, conveniencia, y conservacion del antiguo Mayorazgo, que se ajusta, y motivo eficaz de las facultades, para alterarle, lo fundan los AA. mas conocidos, y especialmente D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 3. ibi: *Huiusmodi facultates non esse à Principe concedendas, nisi vel causa publica, vel ipsius Maioratus evidens vtilitas, vel necessitas interveniat; & lib.* 3. *cap.* 5. *à num.* 1. Mier. *de maiorat. part.* 4. *quæst.* 1. *limit.* 1. Avend. *de cens. cap.* 62. *num.* 11. Gom. *in leg. Taur.* 40. *num.* 62. latè cum multis Valer. *de transact. tit.* 4. *quæst.* 2. *num.* 20. Y la razon es, porque el aumento que se confiere à los successores, se estima por justa recompensa de el remoto perjuizio que se les causa, lo que les difiere la succesion, D. Molin. *dict. cap.* 3. *num.* 6. *versic. Nam, aut Princeps*, Tapia *decis.* 20. *à num.* 14. Pont. *dict. cons.* 152. *num.* 28. y en nuestro caso, mas que de formal alteracion de los antiguos Mayorazgos, se tratò de reducirlos todos à vna regla de justicia, y equidad, para conservarlos juntos; lo qual es permitido al Principe, aunque sea en perjuizio de tercero, vt tradit Bald. *cons.* 431. *part.* 1. vbi: *Quod quamvis non possit Princeps feudum Vassallis auferre, potest tamen illud ponere sub quadam regula iustitiæ, & æquitatis*; siguen la misma doctrina, D. Cast. *controv. cap.* 41. *num.* 193. *lib.* 5. Robit. *cons.* 15.

137 Y en cuya resolucion el Principe parece ir con la presumpta voluntad de el mismo fundador, como lo consideran los AA. yà citados; pues si huviera previsto las favorables ocurrencias de aumento, y conservacion mas segura de la fundacion, en que vinculò su memoria à la posteridad, suspendiera prudente los embarazos de sus llamamientos, ò las prohibiciones de su enagenacion, con que atendiò zeloso à cautelar su permanencia; notanlo doctissimamente D. Cast. *vbi supr. & tom.* 5. *cap.* 65. *num.* 3. *versic.* 2. Mier. *de maiorat. part.* 4. *quæst.* 1. *limit.* 1. *num.* 15. y con toda propiedad al assumpto

to nuestro, Noguer. *alleg.* 32. *num.* 153. his verbis: *Secundò, quia ratio huius est, quod finis præcipuus institutoris Maioratuus, est prospicere cum conservatione generis, & familiæ, & quod possessor, qui institutorem repræsentat, decentèr, & decorè vivat, & ita quoties ex accidenti debitorum contractorum hoc non possit consequi, verisimile est, quod si hunc casum institutor prævidisset, alienationem permitteret, vt finis à se prospectus impleretur, & ita facultas potest concedi.*

138 Bolvamos, pues, aora con la consideracion à el Mayorazgo primero de la Casa de Tobar, fundado con llamamientos regulares, y à los cortos bienes, y moderadas rentas, que le pudo destinar su fundador para la manutencion lustrosa de su memoria, y para conservarse los posseedores en aquella altissima esphera, que los colocò su esclarecida sangre; y figurèmos tambien, que previesse el fundador los esplendidos crecimientos, que avian de adelantar à la Grandeza de su Casa Doña Maria, y Don Juan de Tobar su hijo, con los Mayorazgos tan quantiosos, que revnieron al suyo; y esto, no con facultad, que impetrassen para enagenar nada de èl, sino con tanto zelo de su representacion integra, que la quisieron perpetuar en los varones agnados. Quien podrà dudar (por verosimil, y prudente discurso) que Juan de Tobar cederia gustoso à la voluntad de Doña Maria de Tobar, y su hijo, posponiendo el concepto de regular succession, que contemplò à los interesses immensos de su Casa, y renombre? Si el fin de su fundacion fue assegurar aquella memoria, y la conservacion de su Nobleza; como es creible dexasse de admitir con aplausos la novedad agnaticia, por la qual (cautelada con mas firmezas aquella maxima de perpetuidad respetosa) se adquirian tan realçados aumentos à la familia, en abundantissimas conveniencias, y en la mayor imponderable representacion? No solo disuaden estos presupuestos de prudente similitud la repugnancia à la voluntad de el primer fundador en lo deliberado por Doña Maria, y su hijo; empero inclinan à creer, y aun convencer, sin violencia, que conspiràra ansioso al logro de las nuevas fundaciones, y revnion de ellas al suyo, por ilustrar su memoria con tan inestimables adherencias, y por solo este motivo se manifiesta la virtud justissima de las facultades Regias, que defendemos, y lo en virtud de ellas obrado.

139 Ni es de el caſo, el que en contrario ſe quiera dezir, que la vnion de dichos Mayorazgos parece ſer mas opueſta, que favorable à la cauſa publica; la qual tiene ſu mayor interès, en que no ſe junten en ſola vna perſona diverſas fundaciones de Mayorazgos, valiendoſe para ello de la *ley Real* 7. yà referida; infiriendo de eſto, que nueſtra facultad de revnion tiene opoſicion de las leyes Reales en el motivo que ponderamos por eſpecialidad de ſu juſta validacion. Eſte diſcurſo, que ſe quiere mover à la ſolidèz de los fundamentos, que llevamos exhibidos, conſiſte en percibir artificioſamente la literal deciſion de dicha ley Real, omitiendo la razon, que la dictò, que es el eſpiritu, que la anima; porque ſi bien es cierto, que dicha *ley* 7. reſiſte la vnion de diverſos Mayorazgos, en el caſo que decide; tambien lo es, que eſte tiene limitados efectos à la vnion de Mayorazgos, que facilita, y ocaſiona el matrimonio, poſſeyendo (tunc temporis) cada vno de los contrayentes, el que ſe fundò por ſus aſcendientes para perpetuidad de ſu memoria, Caſa, y familia, y que ademàs de eſtas ocurrencias no ſe eſtiende la prohibicion legal à el concurſo, que ocaſiona la reciproca ſucceſsion; y lo enſeñan deſpues de los Gloſſadores, D.Paz *de tenut.tom.2.cap.57.à num.196.* Add. ad D.Molin. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 34. *verſ. Tertius caſus*, D.Larr. *dict.alleg.* 115. *num.*31. Mier. *de maiorat. part.* 1. *quæſt.* 30. *num.*84. D.Valenç. *conſ.*69. *à num.*48.

140 Y en ſuma examinada la razon de decidir, es muy diverſa de la inſtancia referida, quanto propicia à el aſſumpto de nueſtra defenſa; pues ſe advierte, que fue à cautelar la confuſion de las Caſas, y la mezcla de ſus fundaciones, para integridad perpetua de la memoria, y repreſentacion de cada vna, y ſus fundadores, como de la miſma ley conſta, y con eſtenſion dexamos prenotado; no emperò reſiſtiò dicha ley, que los Mayorazgos de vna Caſa, y familia, fundados con vna miſma atencion, y reſpetos, ſe congregaſſen vnidos à vnas miſmas reglas de ſucceſsion, que afiançaſſe mas vantajoſa ſu repreſentacion perpetua, y la preeminencia de la Caſa, y renombre; antes influye prerrogativas juſtas à eſte concepto, que dexamos acreditado en las doctrinas de Luca, Æneo Roberto, y las demàs antes prenotadas; luego ſi la Duqueſa de Frias, y ſu hijo Don Juan de Tobar, ſolo prac-

 ti-

ticaron con las Reales facultades, y sus fundaciones, esta maxima zelosa, y justificada, por precisa induccion se avrà de confessar su valor justo, è inalterable permanencia, mayormente quando aun limitado el discurso à el Mayorazgo primero, se halla el considerable beneficio, que adquiriò con la nueva forma de agnacion, que meditaron, y perficionaron los que impetraron dichas facultades para ello, que como està fundado, no tuvieron repugnancias, imò potius verosimil voluntad, y muy conforme con la de el mismo fundador, libres, y exemptas del reparo de dicha ley.

Fundamento Quarto.

EN MAYOR PRUEBA DE NUESTRAS facultades, el aver sido fundado tambien con facultad Real el Mayorazgo de Iuan de Tobar.

141 HEmos hasta aqui ponderado, y comprobado con doctrinas seguras, y legales, assi diversas razones, que justifican la firmeza de nuestras facultades, como tambien en los tres Fundamentos anteriores, y cada vno de ellos, las causas que conspiran à lo mismo. Y continuando (ad melius esse, y en mayor prueba de lo referido) no es el menor fundamento, y causa legal para su segura, y valida permanencia, y que el Principe las pudiesse expedir, como lo hizo, el considerar, y advertir (como lo comprueba la fundacion de Juan de Tobar, que dexamos presupuesta, y de cuya variacion en sus llamamientos se trata) el que esta fuè con facultad Real, que impetrò de la Magestad de el señor Rey Don Juan el II. dicho Juan de Tobar, para poder fundar Mayorazgo, como lo hizo, de todos sus bienes, y sin la qual no pudiera en perjuizio de los demàs hijos, que tenia; en cuyos terminos la potestad Regia es mayor, y mas poderosa para variar la forma de el Mayorazgo, fundado con el concurso de la misma facultad de el Principe; porque como su validacion, y permanencia dependiò, y se mantiene de dicha Real facultad, que diò vigor, y autoridad à dicha fundacion: puede la Persona Real, exerciendo la misma potestad, revocar el rescripto, ò gracia, que concediò de su beneplacito, y remover el obstaculo, y quitar la forma, que en vir-

virtud de su facultad se avia puesto, dandola, y señalandola nueva, y distinta à la succession en adelante.

142 Y en propios terminos lo resolviò assi magistralmente D.Gregor.Lop. *in leg.3. tit.13. part.6.gloss.2. quæst.29.* ibi: *Si verò maioria sumpsit vires à Regia licentia, & facultate; vt quia facta fuit de legitimis filiorum, in quibus rescripto Principis filij fuerant gravati: tunc videtur, quod Rex possit dispensare cōtra talem maioriam, in qua vocati sunt masculi descendentes ex masculis, & admitere fœminas, vel descendentes ex fœminis: quod probatur ex his, quæ notat Bald. in leg. qui si patris, column.6. Cod. vnde liber. vbi tenet, quòd speciale est in Principe, quod possit revocare suum privilegium sine causa, etiam si ex eo alicui sit ius quæsitum, & saltim hoc procedere respectu eorum, quibus non erat adhuc ius realiter adquisitum; quia non cesserat dies, seu delatio maioriæ, iuxta notata per Abb. in cap. novit, de iudicijs: vbi dicit, quod quando privilegium Principis cōcessum subdito habet tractum successivum, respectu rerum, aut personarum: tunc tale privilegium, saltim quoad futuros actus, & porsonas, est revocabile ab ipso Principe.* Et inferiùs, ibi: *Præterea in casu isto Princeps non aufert directè ius alteri competens; sed potius procedit, amovendo obstaculum ab eo, cui tale ius potest competere, faciendo de incapace, capacem. Quo casu valet dispositio Principis, etiam sine causa; & probatur in leg. interdum, ff. de natalib. restituend.*

143 A esta misma opinion se inclinò D. Covarr. *lib. 3. variar. cap. 6. num. 1. & 9. vers. Quarto hic quæritur*, y la sigue Juan Garcia *de nobilit. glos. 12. num. 80.* in illis verbis: *Quæ sine Principis facultate facta sit*; optimè D. Salç. *politic. dict. cap. 14. lib. 2. num. 38. & in dict. leg. Reg. 4. cap. 24. num. 148.* ibi: *Quapropter fatendum est, reiecta opinione Molin. & cæterorum dicentium à Principe non posse mutari successiones Maioratuum in præiuditium iuris in spe, successoribus pertinentis, id iuste facere posse, casu quo Regia facultas ad constitutionem Maioratuus intervenerit: Nam tunc quāvis voluntas disponentis attendatur, efficax, & præcipua, pàrs operativa dispositionis, est Principis authoritas, cuius virtute, aut interventu, vires conferuntur Maioratui; & quamvis hæc doctrina reijciatur ab vtroque Molina, amplectenda est authoritate sapientissimi Covarr. 3. variar. cap. 6. num. 9. vers. 4. &c.*

144 Y porque sobre la doctrina proximamente citada del señor Covarrubias, se hizo especial reparo, è insistencia à la vista de este pleyto, de que el señor Salç. la siguiesse, y citasse en prueba de su assumpto, dando à entender, que el

se-

señor Covarr. no residiò en ella, y que en su segunda impression, que hizo en Salamanca año de 1574. (sibi contrarius) como lo dàn à entender Add. ad D. Molin. *lib. 4. cap. 3. num. 7. vsque ad 28. in fin.* la reformò, y siguiò la contraria; y que en fuerça de lo referido no se le pudo citar por la primera, como lo advierte tambien D. Paz *de tenut. cap. 38. num. 155. in medio, & cap. 57. num. 262.* y lo advierte Faria ad eundum D. Covarr. *num. 1. in fin.* se debe prenotar, que el señor Covarrubias, si en la segunda impression, y question propuesta fuera del sentir contrario, que se supone, no fuera sin advertir con mayor claridad, lo que en dicha question dexava fundado con su gran magisterio, assi en el *num. 1.* como en el 6. de dicho su capitulo, ibi: *Quo fit, vt maxima hac in controversia sit differentia constituenda, an fideicommissum institutum fuerit peculiari Principis privilegio, iure prohibente; an ex beneficio ipsius legis, etiam humanæ. Nàm priori casu Princeps mutare poterit conditiones, & leges, ipsius fideicommissi; posteriori verò minimè*; y tan firme en esto, que dà la razon in his verbis: *Quia in prima specie ius adquisitum alteri ex privilegio Principis potest ab eodem Principe tolli, saltim vbi omnino ius quæsitum in specie alteri non fuerit*: que es lo mismo que entrò fundando en el *num. 1.* y dize en èl: *Quorum sententia communi omnium iuditio recepta videtur.*

145 Y estando, como està, tan firme este gravissimo Senador en ambos numeros, en la distincion propuesta, y su sentir tan explicado, y fundado, en que el Principe tiene potestad en el Mayorazgo fundado ex facultate sua, para poder alterarle, no lo corrige, ni se puede entender corregido por lo que despues propuso, y con que concluyò su capitulo, *vers. Quod verò obiter hoc in cap. sensimus*, que es lo que se dize añadiò en su segunda impression en Salamanca, año de 1574. y con que despues corrieron las demàs impressiones; y la que à mi me tocò, y he tenido, y tengo presente, que es en Venecia año de 1597. contiene la misma advertencia, sin que pueda prevenir si en su primera impression la avia, ò no, ò igualmente en vnas, y otras se hallò lo que dexò escrito en dicho capitulo, que es lo mas natural, y en que el señor Salçedo, y los demàs AA. que citan al señor Covarrubias, y le siguen por la potestad del Principe virtualmente convienen; porque atendido lo que despues *in dict. versic. Quod obiter*, dexò escrito el señor Covarrubias (vt videre est in

in eo ipso) no reformò absolutamente su opinion, ni se hallarà dixesse la corregia; antes bien la aumenta con mas fundamentos, y sus palabras solo aluden, no à negar la potestad de el Principe, si à que sus Regios Ministros, y Consejeros, *raro, & maxima ex causa, eaque exactissimè examinata, hoc iure vtantur.* Y concluye: *Qua de re longius alibi disputavimus.* Y por esto mismo su Add. Farìa en el *num.71. dict. cap.6.* reconoce no estar firme el señor Covarrubias en desviarse de su primera opinion, ibi: *Verùm tamen oppositam sententiam veriorem, ac iustiorem, sub dubius profitetur.* Con que aun quando necessitàramos de lo tocante à este punto, le desempeña el señor Salcedo, entiendo legalmente al señor Covarrubias, citandole con razon, y verdad, quatenus ad potestatem Regiam: que no excluye la advertencia, que por consejo, en lo respectivo à los señores de la Camara, prenotò, y puso D. Covarrub. maximè quando en nuestras facultades (como mucho antes expedidas con razones, y causas muy legales) quedaron justificadas, y acreditadas por personas doctas, y primeros Ministros, que tunc temporis, y antes que se huviesse formado la Camara de Castilla (que fue mucho posterior) assistian à la Cesarea Persona, de quo testatur D. D. Francisc. Ram. del Manç. *ad leg. Iul. & Pap. lib.3. cap.56. num.6.*

146 Y en suma, por la opinion que sigue, y funda el señor Salcedo, defendiendo la facultad Real, y que puede el Principe mas facilmente expedirla, quando el Mayorazgo, sobre que se impetra, fue tambien con facultad Real, ay muchos Autores que la siguen, y comprueban, y reconocen por mas superior, libre, y absoluta, la potestad de el Principe en dichos Vinculos, quanto mas moderada en los que sin facultad Real, y de tercio, y quinto se fundaron; y esto aun para enagenar bienes de el Mayorazgo, que es causa de su mayor ruyna, lo testifica Burgos de Paz, his verbis: *Ex quibus constare videtur in bonis horum maioricatuum plurimum Principem posse; & ideò singulis diebus, possessoribus instantibus facultates eis concedi, quibus hæc alienantur bona contra explicitam constituentium voluntatem, in damnum futurorum successorum. Quibus maximè locus erit, cum maioricatuus Regia licentia fuerint erecti;* Mier. *de maiorat. 4. part. quæst. 1. limit. 6. num. 74.* ibi: *Et ista conclusio sine dubio procedere videtur in maioratu facto cum facultate Regia, cum quo facilius Princeps dispensare potest iuxta regulam, leg. nihil tàm*

 na-

naturale, &c. Angulo *de meliorat. in leg.* 11. *gloss.* 2. *num.* 9. ibi *Huius rei vtilitas consideratur duplex: Altera quia difficilius concedi potest facultas ad alienanda, vel hipothecæ subijcienda bona, iure communi vinculata, quam ex privilegio, & Regia facultate, quasi Princeps libere possit revocare privilegium, seu facultatem à se concessam, ad bona vinculanda; leg. qui fundos, Cod. de omn. agro. desert. lib.* 10. *Cum nihil sit tàm naturale, quàm vt per quas causas res fundatur, per easdem resolbatur, leg. nihil tàm naturale, ff. de reg. iur. Et sublato fundamento, id est Regia facultate, quæ independebant, corrunt. Avend. leg.* 27. *Taur. gloss.* 1. *num.* 4. *&* 5. ibi: *Imò vt aliqui existimaverunt maioratus ex tertio, & quinto, institutus firmior est, quam qui ex omnibus bonis, & facultate Regia, instituitur: cum vnum ex gratia, atque libera instituendi voluntate: alterum ex privilegio iuris pendeat; argumento leg. eius militis, §. militia missus, ff. de millit. testam. leg. assiduis, iuncta gloss. Cod. qui potiores.*

147 Y por no me dilatar en la prolixa transcripcion de autoridades, siguen lo mismo Robles *de representat. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 26. Tapia *decis.* 20. *num.* 111. Menoch. *dict. cons.* 993. *num.* 9. Ponte *dict. cons.* 152. *num.* 4. Monet. *de commut. vltim. volunt. cap.* 5. *num.* 111. *&* 112. Noguer. *alleg.* 32. *num.* 171. Vazquez Mencher. *controvers. illustrium, cap.* 61. *per tot.* Iul. Capon. *discept.* 103. *num.* 25. *&* 26. Capic. Galeot. *tom.* 2. *controu.* 48. *num.* 52. y aunque se opuso vigorosamente à esta opinion D. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 31. *& lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 7. no dexò de conocer, *in dict. cap.* 3. *num.* 18. *versic. Immò si rectè, & num.* 20. *versic. Secundò, quia quamvis communis opinio,* que la contraria era la mas comun, y seguida, y nos bastava sola esta atestacion. Ademàs, que al señor Molina le impugnò con razones concluyentes el señor Salcedo en el lugar que se citò *supr.* y con mas rigor Juan Francisco Ponte *dict. cons.* 152. *num.* 24. *Asserens, motum fuisse ex frivolis, & non concludentibus fundamentis; & num.* 26. ait: *Et sic iustè hæc opinio, quando Maioratus est constitutus ex Principis gratia, est communiter recepta, & habet solida fundamenta, quibus Molin. cum alijs Modernis nullum dant, nec dare possunt, congruum responsum, & cum hæc sit opinio communis, & consuetudine etiam approbata, non est in iudicando ab ea recedendum, secundum communes regulas, & pro sigillo hanc opinionem secutum fuisse Supremum Italiæ Consilium in hac facultate concessa, dum Regem consuluit posse facultate hanc concedere super bonis, seu de bonis feudalibus tantum; quia super his Maioratus constitutus;*

opus

opus habuit gratia , & privilegia Regis, sequendo opinionem Covarrub. quòd maioratus constitutus ex gratia Regis, possit Rex super eo concedere alienandi : secus verò quando non ex gratia Regis, vt in bonis liberis, & alodialibus. (Y es de reparo, que aun hasta el Consejo de Italia se quiera dezir no aver llegado la impresion, como debia, de el señor Covarrubias, quando Ponte escrive el año de 1666.) Prosigue este Autor: *Quæ opinio fuit prius, vt demonstratum est Gregor. Lopez, & sic Rex facultatem concessit respectivè ad bona feudalia tantum: vnde quomodo hodie poterit contrarium attentari. Videndus Noguer. dict. alleg. num. 172.*

148 Y el señor Larrea, acerrimo defensor de las vltimas voluntades, y que no asiente à la potestad de alterarlas, sino con los motivos precisos de causa publica, reconociò por segura, comun, y sin contradicion, la opinion, que concede al Principe este arbitrio en los Mayorazgos fundados con su facultad, *dict. alleg.* 115. *num.* 23. y en el 24. funda, que procede con superior razon en nuestro Reyno; porque sus leyes fundamentales conceden al Principe dispotica, y absoluta potestad de revocar à su arbitrio las donaciones, y mercedes, que procedieron de su Real beneplacito, *leg.* 17. *tit.* 10. *lib.* 5. *Recop.* ibi: *Tenemos por bien, y mandamos, que las mercedes que se hizieron por sola la voluntad de los Reyes, que se puedan de el todo revocar.* Y satisface à la opinion del señor Molina, de que haze memoria en el *num.* 26.

149 Y lo que es mas, que el mismo señor Molina, olvidado (al parecer) de la doctrina referida, ò poco seguro de su certeza, confessò en el Principe la justa potestad de revocar sus mercedes, y donaciones, quando no impide el derecho actual de tercero, adquirido perfectamente, por medio de la tradicion, *dict. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 22. ibi: *Quibus addenda sunt ea, quæ diximus suprà isto, num.* 15. *probantes Principem, non posse tollere ius quæsitum ex donationibus ab ipso factis iure primogenij, quæ ex superius adductis intelligenda sunt, quando iam erat dominium adquisitum ex traditione, & sic iure gentium roboratum.*

150 Con que de lo discurrido se convence quan justas, y permanentes deben ser las fundaciones de Doña Maria de Tobar, y Don Juan de Tobar su hijo, respecto de la calidad del Mayorazgo antiguo, que alteraron, que como consta, y dexamos dicho, fue cō facultad Real, y por ella tuvo ser, que no pudiera de otro modo, por las legitimas de los demàs

hi-

hijos, que incluyò en èl su fundador. Y siendo efecto de la potestad Real el logro de la fundacion, por medio de la facultad, es preciso conceder quedò la misma eficàz, y poderosa en el Principe, para variar el modo de suceder, que regulò por la primera; maximè quando lo dispuesto en dichas fundaciones, y facultades que precedieron à ellas, no cediò en perjuizio de tercero, que tuviesse derecho perfecto, y adquirido, per traditionẽ rei, que es el caso que limita el señor Molina *dict.cap.3.n.22.* no empero in iure de futuro, que en este confiessa, puede el Principe moderarle, y alterarle; y concurren tambiẽ en prueba de esto mismo las executorias, de que haze mencion (y nosotros harèmos) D. Castill. *de tertijs, tom. 7.cap.30.n.4.* y de Consejos, y Tribunales Supremos, D. Larr. *alleg.* 24. y el sumo perjuizio que se siguiera de variar semejantes resoluciones, que dixo el *text. in leg. fin.* §. *Vbi autem, C. de bonis, quæ liber.* ibi: *Ne ludibrio legis ei fiant, sæpius eandem, & amplecti, & res puere hæreditatem cupienti; leg. cum alijs, Cod. de curator. furios. Ne crebra, & quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, & frequenter, tàm nascatur, quàm desinere esse videatur;* de quibus D. Larr. *decis.* 51. *num.* 21. y ser vn punto de tan exemplar consequencia, D. Olea *tit.* 5. *quæst.* 10. *num.* 3.

Fundamento Quinto.

EL AVER SIDO EL MAYORAZGO DE IVAN de Tobar, no solo fundado con facultad Real, sino es tambien los bienes, de que se fundò, adquiridos, y que provinieron de donaciones, y mercedes Regias.

151 NO obstante que de las razones legales, y fundamentos juridicos hasta aqui propuestos, se haze clara, y evidente la firmeza, y validacion de nuestras facultades, para ocurrir del todo à las frivolas consideraciones que contra ellas, con methaphisicos argumentos se han querido suscitar, dexando à la mejor censura de tan supremo Senado la poca, ò ninguna consistencia que en sì tienen, y ser invtiles, y no eficaces; y como dixo Seneca (yà citado) movidas solo con armas ilusorias, y no decretorias; en el fundamento presente recibiràn con mayor claridad su desengaño; y es tan fuerte, seguro, y efi-

eficàz, que no admite, ni ſe ha dado, ni puede dàr reſpueſta legal que le excluya. Y aunque en el Supremo Conſejo, en el juizio de tenuta, la Parte del Condeſtable le inſinuò, es conſtante, que en èl no exhibiò, ni preſentò los inſtrumentos autenticos que le comprueban, y ha preſentado en eſte juizio de propriedad; cuya advertencia me ha parecido preciſo hazer; por la mayor ventaja que oy nos conſtituye la preſentacion de dichos inſtrumentos, y lo que de ellos reſulta; reſpecto de que ſi no aviendolos tenido preſentes (como no los tuvo) el Supremo Conſejo de Caſtilla, por los demàs medios, y razones legales que concurrieron en la cauſa, y dexamos prenotados, reſolviò à favor del Condeſtable; con mucha mayor razon puede, y debe eſperar que la Chancilleria reſuelva à ſu favor, à viſta de fundamento tàn inſeparable, que le producen dichos inſtrumentos, que por ſi ſolo baſta, y es eficàz para alçar, y deſterrar de eſta cauſa las eſparcidas nieblas que ſe han movido para obſcureçer en ella la manifieſta luz de juſticia que le aſsiſte, ſin que aya contraditor que en el caſo de èl no ſe rinda.

151 Eſte fundamento conſiſte en el ſupueſto notorio, y claro de que el Mayorazgo de Juan de Tobar, que Doña Maria, y Don Juan ſu hijo, vſando de las facultades Reales, que para ello obtuvieron, variaron en ſus llamamientos; ademàs de que dicho Juan de Tobar le fundò tambien con facultad Real: medio muy ſeguro para que el Principe pudieſſe modificarle, y variarle, y para ello expedir ſus facultades, como lo hizo (que es lo que exactiſsimamente dexamos propueſto en el fundamento antecedente) concurre tambien que el Mayorazgo que fundò dicho Juan de Tobar, fue de bienes, Villas, y Juriſdicciones de donadios Regios. En cuyos terminos la poteſtad del Principe, ſin la menor duda, es eficàz para poder alterarle, y moderarle à ſu arbitrio, & ſine vlla cauſa; maximè quando por ſu alteracion no quita de preſente derecho perfecto, y radicado en el poſſeedor, que tenga, y goze perfectamente adquirido, & per traditionem rei; & quia quotiès vnum diſponitur, & alterum ſupponitur, non procedit diſpoſitio, niſi priùs appareat, quod ſupponitur, *leg.* 4. §. *totiès*, *ff. de damno infect. gloſſ. verb. Advocandum*, *in leg. mancipia*, *Cod. de ſervis fugitivis*, Cephal. *conſ.* 90. *n.* 51. & cum alijs D. Valenç. Velazq. *conſ.* 18.

 num.

num. 128. D. Salgad. *de Regia protect. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 68.

Mem. n.6. fol. 2. 152 Consta, como se asienta en el Memorial, que el primero del Apellido de Tobar, fue Sancho Fernandez de Tobar, *num.* 3. por aver sido heredado en el Lugar de Tobar, haziendole merced de èl el Santo Rey Don Fernando, *num.* 1. que de Leon vino à reynar à Castilla, con su madre la señora Reyna Doña Verenguela, era de 1280. que corresponde al año de 1242. assi lo comprueba la Historia escrita por Don Fray Prudencio de Sandoval, en la Coronica de el Inclito Emperador de España el Señor Rey Don Alonso el Seprimo, Rey de Castilla, y de Leon, impresso en Madrid año de mil y seiscientos.

Mem. n.7. fol. 5. 153 Por otro Privilegio Real resulta, que el señor Rey Don Enrique el II. *num.* 10. en 30. de Julio, era de 1408. que corresponde al año de 1370. hizo merced de la Villa de Astudillo à Fernan Sanchez de Tobar, *num.* 15. y el mismo Señor Rey Don Henrique hizo merced à dicho Fernan Sanchez de Tobar de la Villa de Gelves el mismo dia, y año referido. *Mem. num 14. fol. 6.*

Mem. num 22. fol. 9. 154 Consta tambien por Executoria litigada entre Juan Fernandez de Tobar, *num.* 20. como marido de Doña Leonor de Castilla, *num.* 17. con el Infante Don Henrique, *num.* 17. sobre la Villa de Berlanga, librada en el Burgo de Osma, en la era de 1418. que corresponde à el año de 1380. en que habla el Rey Don Juan el I. *num.* 16. en la qual se adjudicò, y diò dicho Lugar de Berlanga à la dicha Doña Leonor, por merced que de ella avia hecho el Rey Don Henrique à la dicha Doña Leonor, y antes se la avia hecho à el Conde Don Tello su padre, *num.* 11. todos los quales Lugares, y Villas referidas, consta recayeron en el dicho Juan Fernandez de Tobar, *num.* 25. y que este ganò facultad Real en 9. de Mayo de 1430. de la Magestad del señor Rey Don Juan el II. para poder fundar Mayorazgo perpetuo de todos ellos, que se la concediò en toda forma; y vsando de ella dicho Juan de Tobar en 18. de Febrero de 1442. fundò dicho Mayorazgo de dichas Villas, y Lugares (que los inserta, y pone en su primera clausula) que nos comprueba el supuesto, que llevamos dicho de aver fundado dicho Mayorazgo, no solo con facultad Real, sino es tambien de bienes provenientes de mercedes, y donaciones Regias, que avian re- *Mem. n.36* *Mem. n.41*

recaido en el susodicho, como descendiente legitimo de los primeros adquirentes de ellos.

155 Contra cuyos instrumentos de Privilegios, y mercedes Regias, presentados por la parte del Codestable en esta Chancilleria, no se ha excepcionado, ni dicho cosa alguna en razon de su certeza (que es notoria) si solo en quanto al juizio, y executoria librada à favor de dicha Doña Leonor de Castilla, hija de el Conde Don Tello, que cassò con Juan Fernandez de Tobar, *num.* 20. abuelo legitimo que fue de dicho Juan Fernandez de Tobar, fundador de dicho Mayorazgo, è hijo legitimo que fue de Fernando de Tobar, *num.* 23. y de Doña Juana de Castañeda (aliàs Manrique) *letra* A *del Arbol*, se quiso dezir à la vista de este pleyto ser vn instrumento que sufragava à los Duques, en el supuesto que de èl quisieron formar sus Abogados de que la potestad Real no podia alterar, ni quitar lo anteriormente adquirido, y establecido por facultad, y merced suya antecedente; queriendo probar de lo que se avia resuelto en dicho juizio, y su sentencia, el que no obstante que el Infante Don Henrique, *num.* 17. avia obtenido de el Rey Don Henrique su padre, *num.* 10. merced, y donacion de dicha Villa de Berlanga, posterior à la de dicho Conde Don Tello, y à la que se dezia tambien hecha à la dicha Doña Leonor su hija, esta era la que se avia estimado, y por de ningun efecto la hecha à Don Henrique, arguyendonos de lo referido, no ser nos nada propicia dicha Executoria para nuestro intento, por hallarse en ella desestimada dicha vltima merced Real, ac per consequens, en quanto à ella, sin efecto; & nullius roboris la potestad del Principe.

156 Pero todo este argumento le convencimos (à la vista de el pleyto) por invtil, haziendoles evidencia de que dicha Executoria acreditava en todo nuestro intento, y lo que en razon de èl teniamos fundado: y no ser culpa nuestra que los Abogados de el Duque no huviessen percibido con la justa inteligencia lo resuelto en dicha Executoria (ò à lo mas cierto, que por ellos percibida, se diessen por desentendidos de su efecto legal) pues por ella, y demàs privilegios, y mercedes en ella presentados, se manifiesta el que el señor Rey Don Alonso, *num.* 7. avia hecho donacion de dicha Villa de Berlanga, con otros Lugares, à Don Pedro su hi- *Mem. n.* 28 *y* 29.

hijo, y despues se la hizo al Conde Don Tello, *num.* 11. su hijo tambien: Y que dicho Conde Don Tello por su testamento se la avia mandado à sus hijas. Y assimismo presentò la Carta, y donacion que de la misma Villa hizo el señor Rey Don Henrique, *num.* 10. à la dicha Doña Leonor, *num.* 19. y de que la diò su Real Despacho para que la diessen su possession, y en nombre de ella à Elvira su madre, por ser menor la susodicha, cuya Carta, y donacion Real fue en Octubre, era de 1408. que fueron los instrumentos que en dicho juizio presentò la dicha Doña Leonor, y Juan Fernandez de Tobar su marido en su nombre, y possession que en virtud de ellos se la avia dado de dicha Villa.

157 El señor Infante Don Henrique, *num.* 17. presentò para su defensa, y obtener de su parte la donacion, y merced que de la misma Villa le avia hecho dicho Señor Rey Don Henrique su padre, *num.* 10. que resulta fue en Julio, era de 1416. alegando que su padre se la avia podido donar, por quanto la donacion que de ella se avia hecho al Conde Don Tello, por aver fallecido este sin hijos varones, avia cessado, y como buelta à la Corona, su padre se la avia podido donar; replicò la parte de dicha Doña Leonor, que no solo tenia à su favor la donacion hecha à su padre, sino es tambien la que en cumplimiento de su voluntad, y testamento, con que muriò, de nuevo la avia buelto à hazer el señor Rey Don Henrique, y en cuya virtud avia tomado la possession de dicha Villa, y la estava gozando al tiempo, y quando dicho señor Rey Don Enrique la avia buelto à donar à Don Henrique su hijo, *num.* 19. y mucho antes de dicha donacion la estava gozando como suya propria dicha Doña Leonor; en cuyo perjuizio, y sin aver dado causa para ello, no se la podia, ni debia despojar de su possession, y dominio.

158 Los Juezes resolvieron à favor de dicha Doña Leonor, en fuerça de la donacion que à ella misma se la hizo, despues de muerto su padre, por dicho señor Rey Don Henrique, y possession, que de ella tomò; en cuyo perjuizio estimaron (y con razon) no aver podido ser valida, ni de efecto alguno, la donacion Regia, posteriormente hecha al Infante Don Henrique; cuya decision fue muy legal, y como tal la acredita aun en su tiempo, D. Molin. *lib.* 4. *cap.* 3.

num.

*num.22.*ibi: *Quibus addenda sunt ea, quæ diximus supra isto, num. 15. probantes Principem non posse tollere ius quæsitum ex donationibus ab ipso factis iure primogenij, quæ ex superius adductis intelligenda sunt, quando iam erat dominium adquisitum ex traditione, & iure gentium roboratum*; nada de lo qual conduce, ni nos ofende en el punto que defendemos de nuestras facultades; por las quales no se perjudicò, ni quitò derecho perfecto, adquirido, y radicado, iure gentium per traditionem rei, en posseedor alguno, que le tuviesse; si solo se variò, y alterò vn derecho de futuro contingible, & in spe, como dexamos fundado; en cuyos terminos la opinion de el señor Molina no restringe la potestad del Principe en las donaciones Regias: y la Executoria antigua de que hablamos, tampoco alterò lo referido.

159 Queda, pues, calificado el supuesto sin el menor reparo, ni defecto que en ello nos obste; siguese el manifestar el efecto que de èl se sigue. Y este aun los defensores mas acerrimos de la opinion contraria, y que quisieron restringir, y negar la potestad del Principe, nos le confiessan claramente; porque aunque en los dos casos (hoc est) en Mayorazgo fundado de bienes proprios sin facultad Real, y en el caso tambien de que se fundasse con facultad Real, si fue de bienes libres, lo quisieron reducir à controversia (à que dexamos satisfecho suficientissimamente) en el tercero, y vltimo caso (que es quando no solo el Mayorazgo de cuya alteracion se trata fue fundado con facultad Real, sino es tambien sus bienes provinieron de donaciones Regias) no solo no forman controversia alguna en que el Principe pueda moderarle, sino es que expressa, y literalmente reconocen, y resuelven por segura, y valida la facultad Regia, y lo que en virtud de ella se obrare, sic notat in terminis D. Paz *de tenut. cap. 57. num. 263.* ibi: *Tertius casus est, & nostro affinis, quando Rex propria bona sua donavit titulo Maioratus; poterit namque substitutiones, & vocationes mutare. Dignitas enim Regia perpetua est, & sicut Rex donans potest quas voluerit substitutiones apponere; ita & eius successor, cum donata à Rege semper ab ipsa Corona donata esse dicantur, vt considerat Molin. &c.* Lo mismo resuelven D. Molin. *lib. 4. cap. 3. num. 23.* vbi Add. Castill. *5. controvers. cap. 89. num. 93.* Larr. *allegat. 115. num. 23.* his verbis: *Deinde id sine difficultate procedit, & ab omnibus, qui contra tenuerunt*

X ad-

admittitur, quando Maioratuus fieret ex donatione ipsius Principis; quia tunc sine causa potest substitutiones Maioratuus mutare, cum illa concessio procedat ex mera gratia, & voluntate Principis, vt poterat revocari, etiam novam dari formam, &c. Noguerol. *allegat. 32. num.* 171. Peg. *ad ordinament. Portug.* §. 39. *cap.* 4. *num.* 6. y otros muchos, que refiere Aguil. Add. ad Rox. *part.* 8. *cap.* 10. *num.* 6.

160 Pudiera dezir, y con razon, el que ha sido, y es prolixa la ponderacion de discursos tan varios, por los quales se ha querido por los Abogados del Duque intervertir el efecto, y firmeza de las facultades Regias; en cuya virtud alterò el llamamiento de hembras de el Mayorazgo litigioso, y que debieran ceder, sin hazer empeño en ello, hallandose, como se hallan, destituìdos omnimodamente de autoridad, ni razon, que les pueda sufragar à vista de lo que este fundamento en sì contiene, que por ningun medio le pueden cavilar en fuerça de que dicho Mayorazgo se halla con el concurso de ser bienes donadìos, y mercedes Regias, y fundado con facultad Real, que afiança todo lo que llevamos dicho; sin embargo de lo qual procederèmos à otros fundamentos, no menos juridicos, no yà tanto por necessidad de mas prueba, quanto por la gravedad de la causa.

Fundamento Sexto.

COMPREHENSIVO DE OTROS MEDIOS *no menos estimables, que comprueban la firmeza de dichas facultades.*

161 SON tan seguros, y manifiestos los fundamentos, que llevamos presupuestos, y el antecedente tan insuperable, y sin respuesta, que se pudiera escusar la molestia (como llevamos dicho) no dilatandonos en mas discursos, *sed quia vbi maiora, & laboriosa sunt certamina ibi, & maior victoria*; nos es preciso corroborarlos mas con otros medios igualmente juridicos, y legales; el primero, atendiendo, y considerando el tiempo que ha que se expidieron dichas facultades Reales, y que basta que vn Principe, y Monarca tan grande, como lo fue la Magestad de el señor Emperador Carlos V. las expidiesse, y decretasse; à cuyo tiem-

tiempo, y de su expedicion, no ay duda, ni se puede negar tuvo muy presente lo conducible, y que justificò su Real animo, y voluntad, para expedirlas, y que despues de concedidas con la deliberacion, y entero conocimiento en su justificado proceder, y Consejo de sus Ministros Regios, no es capàz de disputa aora su validacion, y firmeza, por el tan debido decoro à la Magestad, à quien ofende irreverente la controversia en sus premeditadas resoluciones, movidas de justissimos, y superiores motivos, que no se pueden sujetar à otra censura con riesgo de su inobservancia, quando el dictamen de el Principe los canonizò justissimos, y justificados; pues como dezia Hisocrates *in oratione de Regn. Magnificum est enim, & conducit, Regum sententiam iustis de causis constantem esse, perinde ac legum commodum latam.* Y por lo mismo dixo con elegancia Theodoric. apud Casiod. *lib. 1. variar. cap. 3. Nescit serenitatis nostræ semel prolatum titubare iudicium, nec quod provida dispositionè constituit, cuiusquam occasionis subreptione mutari.*

162 Y es cèlebre para el intento el consejo de Paulo Paris. *lib. 1. num.* 15. cuyas palabras, por la gravedad, y energia con que comprehẽden este concepto, nos es preciso el transcrivirlas, ibi: *Et verè nedum absurdum, & absonum esset admittere ipsa ad prædicta remedia, vel ipsorum aliquod; quinimo eadem circa istorum aliquot accidere, nihil aliud esset, nisi lædere, minuere, ac deprimere, supremam authoritatem, & dignitatem ipsius illustrissimi Ducis, & Principis, & ipsius iurisdictioni derogare, & consequenter dare materiam, & additum, successivis temporibus similia attentandi, & appetendi lites, & causas prorrogare, & illis finem, & terminum, nunquam imponere, & reddere gesta, & decissa per ipsum illustrissimum virum illussoria, & vt in futurum minimè observarentur. Quæ, quantum contraria sint iuris dispositioni, æquitati, & honestati, & bono publico, quisque animadvertere potest; eo magis, cum ipse prudentissimus, & Illustrissimus Princeps, veritate ipsa considerata, & habita matura omnium occurrentium causæ cognitione, & à iuris peritis, suis doctissimis Consiliarijs, interlecta super prædicti iuris dispositione, ore proprio, tale apontamentum protulerit.* Notat D. Salced. *dict. cap.* 14. *num.* 43. *& in leg. Reg. à num.* 95. Cardenal de Luca *de fideicom. disc.* 14. *à num.* 2.

163 Nec iuri repugnat, que muchos actos prohibidos subsistan firmes despues de executados, por la reverencia, por las circunstancias de la prohibicion, por el modo, y

otras razones, que advierte Pat. Suar. *de legib. lib. 5. cap. 25. à n. 3.* y son frequentes en el Derecho los exemplos, que pudieramos acordar. En la sentencia condicional le ofrece el *texto in leg. 1. §. viduum, ff. quando appelland. sit*, que prohibe se conciban condicionales las sentencias; pero si de hecho se formassen con este metodo, existen validas, y solo retractables por el medio de la apelacion: *Sanè quidem non est ferenda sub conditione sententia, sed si fuerit dicta, quid fiet? Et est vtile statim tempora ad appellandum computari debere, cap. viduum, 2. quæst. 6. conducit cap. sicut nobis 16. de sententia, & re iudicat.* ibi: *Propter authoritatem iudiciariam præsumi debent omnia solemniter processisse.* Y se decretò lo mismo (aunque à diverso assumpto) *in leg. relegatorum, 7. §. ad tempus, ff. de interdict. & relegat.* his verbis: *Reprehense sunt sententiæ eorum, qui ad tempus relegatis ad emerunt partem bonorum, vel bona, sic tamen vt non infirmarentur sententiæ, quæ ita sunt prolatæ.*

164 Ni es permitido hazer argumento de la facilidad, ò menos justificacion de el rescripto, merced, ò facultad, para inducir con precision su nulidad, è insubsistencia, segun que todos los Theologos, y Moralistas enseñan con dictamen concorde ser indisputable la valida existencia de las dispensaciones, y gracias Pontificias, aunque à su expedicion no precedan razonables, y necessarias causas, ò se falte en algun requisito de precisa justificacion; porque estos son reparos de el interior fuero, que no estienden su operacion à la nulidad en el contencioso, y forense, Suar. *de legib. lib. 6. cap. 19. num. 6.* cum Cayetano, & alijs Morla *in emporio iuris, part. 1. tit. de legib. quæst. 2. num. 15. ex Divo Thoma 2. 2. quæst. 9. art. 4. & quodlibet. 4. art. 3.* tradit D. Covarrub. *tom. 2. part. 2. cap. 6. §. 9. num. 9. &* 10. ibi: *Sed si in humano iure Romanus Pontifex dispenset nulla causa existente, ipsa iuris relaxatio tenet, & valet, &c.* Sanch. *de matrim. lib. 8. disput. 17. num. 14.* cum Bonac. & alijs D. Salced. *de leg. polit. lib. 2. cap. 9. num. 13. & 14.* D. Cresp. de Valdaur. *observat. 23. num. 148.* ibi: *Et licèt Papa, si dispensationem in radice sine causa concederet, gravem culpam committeret, quia cedit in grave damnum succedentium. Larrea disput. Granat. 8. num. 5. & 82. de eius validitate, & potestate dubitari non potest, quæ in solo iure humano consistit, inquit Thom. Sanch. &c.*

165 Siguese de lo referido, quan sin fundamento, ni razon es, despues de mas de ciento y ochenta años, que ha que

que se expidieron nuestras Reales facultades, quererlas reducir à residencia en las causas, y motivos, que vn Principe, y Monarca tan Christiano, y prudente, estimò, y tuvo por bastantes para expedirlas, y concederlas, formando de ello transito para su invalidacion, sin atender à razones tan claras, y evidentes, que las justifican, como son las que llevamos prenotadas, y fundadas. Sin perjuizio de las quales, ni desviarnos de ellas, damos otra instançia mas, que exhibimos por segundo medio, y es el siguiente.

166 El segundo medio, que tambien comprueba quanto llevamos dicho, es, el que no puede negar el entendimiento mas apassionado (quando voluntariamente pudiera conceder à los Abogados de la Duquesa la mayor ventaja, que por su parte pueden adquirir) lo escabroso de la question, la gran variedad con que hablan los AA. que se empeñaron en disputarla, encontrandose frequentemente en las opiniones; y que la que confiessa la potestad de alterar (que defendemos) tiene à lo menos grande probabilidad, y recomendacion, de que testifican los fundamentos, autoridades, y razones, que se han comulado, y lo reconociò D. Molina, sin embargo de el empeño con que se declarò por la contraria, *lib.3.de primog. cap.3. num.26. y 27.* y sobre este supuesto, en que voluntariamente nos constituìmos, passarèmos à dar respuesta infalible, originada de la gran recomendacion, que en sì tienen siempre las resoluciones de el Principe, y con mas inviolable razon, quando se expiden con probable, y autorizada opinion, que las defiende, y assegura de qualquiera opugnacion; porque la probabilidad con que governaron su dictamen, le acredita prudente, y justificado, persuadiendo, y tacitamente asseverando ser la mas cierta opinion (à lo menos en el caso concreto de su rescripto) la que tiene el superior credito de su Real expresion, debiendose justamente à su respeto la presumpcion de que (en duda) resuelve lo justo, valido, y subsistente; *adeo, vt non admittatur probatio in contrarium, etiam in ea, quæ Pontifex rescribit contra ius gentium,* optimè Abb. Panormit. *cap. quæ in Ecclesiarum, de constitutionib. num.*14. Pat. Suar. *de legib. lib.*5. *cap.*18. *num.*19. *&* 20. Vazq. *in opuscul. cap.*6. *de restit.* §.3. *dub.*5. *num.*78. Lesius *de iust. & iur. lib.*2. *cap.*33. *dub.* 6. *num.* 42. Dian. *resol. Moral. part.*1. *tract.*3. *disp.*21. los quales, discurriendo en la imposi-

Larr. aleg. 115. q. ver. aleg. 3? 168 et 169

cion

cion de tributos, aſſeguran conſtantemente baſta à ſu juſtificacion en ambos fueros, que el Principe ſe mueva con opinion probable, docet D. Larrea *alleg.* 61. *num.* 10. y lo ponderò tambien à nueſtro aſſumpto, *dict. alleg.* 115. *à n.* 28.

167 Y ſiempre que ſe duda con probabilidad razonable, ſi ſe puede, ò no diſpenſar, ſi ſon, ò no juſtas las cauſas que motivan la diſpenſa al que la deſea, y ſolicita, le baſta proponerlas con verdad ingenua al Superior, y que por èl ſean aprobadas con la expedicion de la gracia, para que logre vna entera ſeguridad, en vno, y otro fuero; porque la declaracion de eſte, deſvanece la duda eſcrupuloſa que antes pudierà ocaſionar lo encontrado de las opiniones: y aſſi lo ſigue la comun, y mas autorizada de los Moraliſtas, que por doctrina de Santo Thomàs funda, y enſeña Pat. Thom. Sanch. *in conſ. moralib. lib.* 4. *cap.* 1. *dub.* 6. *à num.* 2. *& in ſumma*, *lib.* 4. *cap.* 44. *num.* 6. Monet. *de commut. vltimar. volunt. cap.* 6. *num.* 111. y reducida à diſputa Forenſe vna diſpenſacion matrimonial, en el caſo que acuerda el Cardenal de Luca *de matrim. diſcurſ.* 9. funda con eſte motivo ſu preciſa, y juſtificada validacion, *num.* 5. ponderando, que en la diverſidad, y conflicto de opiniones, queda mas ventajoſamente privilegiada, y ſegura la que califica el dictamen ſuperior; cuyo precepto en tales circunſtancias no permite duda, ni controverſia alguna, y ſe debe obſervar ſin reparo, y lo contrario fuera perjudicial fomento de graviſsimos, y multiplicados pleytos, que contemplò tambien el Padre Suarez *dict. cap.* 18. *num.* 20.

168 Es notorio que la Ceſarea Perſona concediò las facultades para alterar el Mayorazgo con las expreſsiones ponderadas, y no es negable (quando nos rindamos à eſte partido) que los DD. mas verſados en ambos derechos reſuelven con tan encontrados dictamenes la queſtion, que (por lo menos) dexan probable el vſo de eſta poteſtad. Y ſi eſta probabilidad contribuye ſeguro motivo à las reſoluciones ſuperiores, por lo que prepondera en favor de la opinion que califican, què aliento, ni razon puede aver para poder calumniar la reſolucion del Principe, y aun con arrojo, y temeridad (como ſe quiſo à la viſta de el pleyto) de menos Chriſtiana en ſu operacion? (quod abſit dici de tan gran Monarca) nec quo iure ſe puede negar la validacion, y

fir-

firmeza de ſus facultades, ni admitir duda en ello, con ſolo el fundamento de la opinion, que deſautorizaron, con lo que decretaron, y manifieſtan ellas miſmas en la que el Principe acreditò, y quiſo ſeguir? Concurriendo, como concurre, para ſu juſta reſolucion, todo lo demàs que llevamos ponderado, y fundado, que ſin el menor eſcrupulo la comprueba, y califica de juſta, y recta en lo que quiſo obrar.

169 Y en las cauſas judiciales pudieramos dàr exemplo, en las quales repetidas vezes ſe ofrecen puntos bien arduos, y de opiniones contrarias entre los DD. mas claſicos; en cuyo conflicto la ſentencia de reviſta, ſiguiendo lo que ſe tiene por mas juſto, ſerena las opiniones, y pone fin à la cauſa, ſin que pueda quedar recurſo à la parte contra quien ſe pronunciò, ni quexa alguna en fuerça de las opiniones que la aſsiſtian, de que deſpreciadas eſtas ſe ſiguieſſen las otras. Y lo que en vn Tribunal Regio (en el caſo propueſto) fuera inſtar ſacrilegij diſcurrir en lo contrario; ita pariter, y con mayor ventaja ſe debe obſervar, y atender lo reſuelto por el Principe, Superior à todos ſus Tribunales en la opinion, que quiſo ſeguir, y acreditò por mas juſta. Y no es aplicable, ni digno de recordar para eſte pleyto, y ſu deciſsion, el diſcurſo eſcrupuloſo, que los Abogados de los Duques excitaron por lo de la opinion probable, y mas probable, que dixeron ſe debe ſeguir in iudicando, maximè deſpues que la Santidad de Inocencio XI. reprobò ſe ſiguieſſe la opinion menos probable, relicta probabiliori, que ſe reſponde: lo vno, que en fuerça de lo que llevamos fundado, la pretenſion de el Condeſtable (ſub meliori cenſura) no queda en terminos de opinion probable, ni en concurſo de mas probable, que la pueda excluìr, ſino es notoria, y clara en la juſticia que le aſsiſte, y exempta aun de probable, ni capàz para alterarla: lo otro, que lo reſuelto por la Silla Apoſtolica, no es, ni puede ſer comprehenſivo de lo decretado por el Principe en ſus facultades expedidas mas de 150. años antes que la Silla Apoſtolica manifeſtaſſe ſu reſolucion. Y el que oy ſe pida ſe mantenga lo decretado en dichos reſcriptos Regios, y lo obrado en virtud de ellos, no ſe opone, ni es contrario à dicho Decreto Pontificio, ni el juizio que ſe formare depende de èl; porque mucho antes le calificò la Mageſtad Real por recto, y ſeguro

ro

ro en ſu tiempo, ſiguiendo la opinion que de ſu parte tenia, y mas quando eſta, aſsi entonces, como aora, y ſiempre, ſe hallò, y halla acreditada, y fundada, no ſolo por probable, en lo que quiſo ſeguir, ſino es por la mas ſegura, y defendida en ſu operacion.

170 El tercer medio aſſegura mas la inviolable eficacia de dichas facultades, y lo que por ellas ſe alterò de el Mayorazgo antiguo, ſi ſe repara la antiquiſsima, y continuada frequencia, y coſtumbre obſervada con que los Monarcas Caſtellanos (mayormente en los tiempos que obtuvieron dichas facultades, y qualeſquiera otros) han dado exercicio à la abſoluta poteſtad de variar los Mayorazgos en el todo, ò en parte de ſus clauſulas, y condiciones, reduciendolas à nueva, y diverſa forma de la que las dieron ſus fundadores, por aquellas cauſas que han podido mover ſu Real animo à eſtas deliberaciones, ò ſin ellas; ſin que jamàs ſe aya eſcrupulizado el Supremo poder Regio (aun ſiendo tan generalmente aplaudida en todas edades la Chriſtiana moderacion de los Principes Eſpañoles) en el frequente, y juſtificado vſo de eſtas conceſsiones, de que ſon infinitos los exemplares en las Hiſtorias, y los ofrecen notorios muchas de las primeras Caſas de Caſtilla, que reconocen ſu mayor eſplendor, y luſtroſo aumento de las alteraciones, y diſpoſiciones nuevas, que han ſido en ellas efecto de eſta regalìa.

171 Cuya obſervancia, y coſtumbre continuada haze mas tratable la Regia poteſtad de diſpenſar en los Mayorazgos, y ſus clauſulas; porque en la expedicion frequente, y admitido vſo de eſtas conceſsiones, publica los mas ſeguros creditos de ſu juſtificacion, como argumento que la perſuade con mayor eficacia en ſentir de el Pontifice Inocencio III. *in cap. per venerabilem, qui filij ſint legitimi*, his verbis: *Quod autem ſuper hoc Apoſtolica Sedes plenam habeat poteſtatem, ex illo videtur, quod diverſis cauſis inſpectis cum quibuſdam minus legitimè genitis, non naturalibus tantum, ſed adulterinis, etiam diſpenſavit, leg. caput Iulianum, §. fin.* ibi: *Cum diſtrahi non ſoleant, ff. de legat.* 1. *& notatur in cap. quæ in Eccleſia, de conſtitut.* Bald. *conſ.* 267. *num.* 8. *lib.* 1. Cravet. *conſ.* 135. *num.* 3. Cephal *conſ.* 58. *num.* 55. Brun. *conſ.* 156. *num.* 2. *lib.* 1. los quales por ſolo eſte reſpecto contemplan impoſsible la prudente, y funda-

da,

dada opugnacion de eſtos reſcriptos, y añadiò Bald. *Quod ſi admitteretur, quælibet contradictio mille litibus partes inbolverentur*; à que parecen aluden los Add. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 8. *ſub n.* 28. y con mas expreſsion D. Salç. *dict. cap.* 14. *à num.* 28. *&* 41. *& in dict. leg.* 4. *à num.* 91. y lo funda latamente Caſt. *de tert. cap.* 41. *num.* 179. y con otros muchos D. Salg. *de ſupplicat. ad Sanctiſ. cap.* 2. *part.* 1. *ſect.* 1. *à num.* 173. *& de protect. part.* 1. *cap.* 1. *à num.* 134. Sanch. *de matrim. lib.* 8. *diſp.* 21. *num.* 16. optimè Monet. *de commut. vltimar. volunt. cap.* 5. *num.* 251. *&* 252.

172 Y de eſta conſideracion ſe valen frequentemente los AA. y la ponderan, para perſuadir juſtas las facultades, que ſe dàn para vender, ò enagenar bienes de Mayorazgo, arguyendo de el eſtilo de concederlas con ſeguro fundamento, ſu validacion, y firme exiſtencia, Maur. *allegat.* 16. *num.* 1. ibi: *Et aſſenſus petitus per varonem nullo iure denegari debet; quia in ſimilibus, ita fieri conſuevit*, Mier. *de Maiorat. part.* 4. *quæſt.* 1. *limit.* 2. *num.* 20. ibi: *Si tamen aliquid mea ſententia valet, inhærendo conſuetudini, & ſtylo, & opinionibus Maiorum, &c.* Rota *tom.* 5. *recentior. deciſ.* 100. D. Larrea *alleg.* 115. *num.* 33. *&* 34. Noguer. *allegat.* 32. *num.* 181. *& ſequentib.* Add. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 28. *ad* 32. *facit text. in leg.* 1. *in fin. ff. ad Silanian.* ibi: *Solet hoc in vſu obſervari, leg. quod ſi nolit* 31. *§. qui aſidua, ff. de ædilit. edict. leg. certi conditio* 9. *§. ſi nummos* 8. *ff. ſi certum petat.* Videndus Faria in Addit. ad Covarr. *variar. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 48. D. Olea *de ceſ. iur. tit.* 4. *quæſt.* 1. *num.* 33. *verſic. Ex his conſtat, in fin.*

173 Cuyo eſtilo, y practica de conceder en nueſtro Reyno ſemejantes facultades (ademàs de que dos actos poſsitivos ſon ſuficientes para comprobarla, D. Mol. *lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 57. D. Valdaur. *obſervat.* 1. *part.* 1. *num.* 114. D. Salg. *de ſupplicat. ad Sanct. part.* 1. *cap.* 9. *n.* 9.) la comprueban, y hazen notoria, Noguer. & D. Larr. & Salced. *ſuprà citati*, que con todo conocimiento de los Tribunales de eſte Reyno, que verſaron muchos años, hazen mas recomendable la certeza de lo referido, Barb. *in leg. de quibus, ff. de legib.* Pareja *de fide inſtrum. tit.* 2. *reſol.* 2. *num.* 53. Haga, pues, reflexion qualquiera medianamente noticioſo de los acaecimientos de aquella edad, menos atenta à las formalidades, y prevenciones, que ha pulido la practica de aora, y hallarà en innumerables ocu-

rrencias exercitada por los Reyes esta prerrogativa de su poder supremo. Y descendiendo con la atencion hasta este tiempo, se verà autorizada con igual frequencia de actos esta costumbre; pues si esta afiança la suma justificacion de esta potestad (quando en su favor no militàran los eficaces motivos de razon, y derecho, que acumulan los AA. y previenen las leyes) quo iure se opone oy vna nulidad à las operaciones Regias de esta classe, que por continuado transcurso de tiempo immemorial ha calificado justissimas, y calificadas el superior dictamen de el Principe, y el consentimiento vniversal de sus Vassallos? Ha decaido por ventura de su autoridad eminente la Corona? Son oy menos respetados los preciosos influxos de su poder? ò acaso se han descubierto nuevos, y mas estrechos limites à la soberanìa? No lo creemos, que avrà entendimiento tan desalumbrado de luzes de razon, que se atreva à idear quimera tan sacrilega, y desconcertada; luego menos puede aver quien se resista à confessar la justa firmeza de nuestras facultades, atendida, y observada por tantos siglos, y afiançada con las mas seguras prendas de la justicia, y prudente moderacion; y si huviere quien (diferenciando las edades) se persuadiere, que la nuestra tiene mas suavizado el odioso, y menos atento empeño de esta disputa, serà bien le desengañe, y advierta la censura mas autorizada de el Cardenal de Luca *in dict. tract. de fideicommiss. dict. discurs.* 13. *num.* 21. *& discurs.* 14. *num.* 2. que por practica inconcusa de todos los Tribunales, la califica por ociosa, y desterrada de ellos, *illa solum remanente Scholasticis, & Academicis pro ingenijs exercendis, vt iam prænotavimus.*

174 Y lo mismo nos comprueba doctissimamente D. Salced. *dict. cap.* 14. *num.* 41. notandola de menos atenta, y aun injuriosa à la potestad del Principe, ibi: *Vt quid disputatio admittenda de viribus potestatis Principis consultatione supremorum iudicum præmissa? quod si admittitur iniuria fit Regiæ potestati.* Et num. 44. ibi: *Quo iure admittenda quæstio post expeditionem, & executionem, ac observantiam facultatum?* Y en la realidad, què otra cosa es la disputa de este pleyto, mas que negar à rostro firme las causas, cuya influencia se estimò justissima à dictar nuestras facultades, y se autorizò entonces con la mas solemne aprobacion Real? No es lo mismo publicarlas oy in-

ineficaces, y de operacion dèbil en este acto, que acusar de injusto, imprudente, y menos advertido el juizio soberano de el Principe, que las meditò justas, y calificò convenientes à su Real servicio, y à la causa publica de sus Reynos? Quien se empeñarà sin empacho en tan arriesgada indecorosa residencia, despues de la envejecida observancia de cerca de dos siglos? Quien serà tan noticioso de los Archanos de aquel Govierno, y de las particularidades, que pudieron (en aquel tiempo, y Reynado de la Magestad Cesarea) hazerlas mas, ò menos efectivas, que niegue las prerrogativas, que les confessò, y publica su Rey mismo? Tan libres se ofrecen de toda sugestion, y rezelo, que solo las motiva el propio conocimiento de el Soberano, quando la sencillèz de los impetrantes las olvidan, ò su advertida templança las omite cuydadosa; pues como serà tolerable, que aora se sindiquen inciertas, y defectuosas, quando (vltra de esta indemnidad) conspiran tantos fundamentos de razon, y justicia à su inviolable justificacion? De los grandes servicios de el Condestable, y la Duquesa Doña Maria de Tobar su muger, y demàs causas, fue testigo la misma Persona Real de el señor Carlos V. su propia inspeccion le informò el animo, no las noticias sospechosas, ni los artificios de los Suplicantes. Quien, pues, con tan solemnes circunstancias emprenderà desacreditar la resolucion mas prudente, que estrivò en tan poderosos fundamentos, que à todas luzes acreditan su firmeza, y validacion?

175 En las quales se considera asimismo la vniforme observancia, y cumplimiento que han tenido por tan dilatados años desde su expedicion, que acredita en todo su mayor seguridad, y firmeza, *leg. si de interpretat. ff. de legib. leg. minimè, ff. eodem, leg. si quando, Cod. de iniurijs*, D. Salg. *de supplicat. part.* 1. *cap.* 9. *à num.* 9. D. Castill. 6. *controu. cap.* 125. *à n.* 29. *&* 5. *controu. cap.* 93. §. 7. D. Larr. *allegat.* 92. *à n.* 1. D. Cresp. de Valdaur. *observat.* 83. *num.* 14. copiosè Pareja *de instrument. edict. tit.* 1. *resolut.* 3. §. 3. *num.* 136. D. Vel. *dissert.* 47. *à num.* 21. Valer. *de transact. tit.* 6. *quæst.* 3.

176 Y aunque se hizo gran reparo para excluìr la antiguedad de nuestras facultades Reales, y fundaciones en su virtud obradas por la Duquesa de Frias, y Don Juan de Tobar su hijo, queriendonos oponer el que en virtud de ellas

no

no podiamos hazer fundamento de su observancia, en fuerça de que, como consta del pleyto, y lo demuestra el Arbol, siempre avia avido varones agnados por linea recta, sin interposicion de hembra, en quienes avia discurrido la succession de dichos Mayorazgos, desde Don Juan de Tobar, *num.*41. hasta el señor Condestable Don Iñigo Melchor Fernandez de Velasco, *num.* 67. vltimo posseedor, que fue de ellos; y que hasta esta vacante, en la qual quedò por su hija vnica la Duquesa de Ossuna, no podiamos demonstrar caso de aver competido à la succession otra hembra alguna, hija del vltimo posseedor, con varon agnado de inferior linea, que la huviesse vencido: respondì, y buelvo à dezir, que el que no huviesse sucedido dicho caso, no puede alterar, ni excluìr el efecto, y validacion de dichas facultades, y lo obrado en virtud de ellas, que siempre ha estado, y està existente, y permanente. Y el que (por la Providencia Divina) aya avido, desde que se expidieron varones agnados, que independientes de ellas, y por la succession natural ayan mantenido, y conservado dicha agnacion, no puede suspender, ni embarazar la providencia que la Magestad Cesarea diò por dichas facultades para el mismo intento, y firmeza de la agnacion, y que no pudiesse en tiempo alguno la hembra, aunque fuesse hija del vltimo posseedor, ni varon descendiente de ella, interrumpir, ni destajar dicha agnacion, hallandose à dicho tiempo varon verdadero agnado, como lo es el Condestable nuestra Parte; y para este efecto, y previniendo lo referido, se impretaron, y expidieron dichas facultades; respecto de lo qual no implica el que si hasta la vacante, que dà causa à este pleyto, no huvo necessidad de moverlas, por no aver llegado el caso, ni necessitarse de ello, aora que llegò, se executen, y cumplan, y conforme à las disposiciones, y fundaciones en virtud de ellas hechas, el varon agnado obtenga, y se le guarde la preferencia en dicha succession, que en justicia por ellas mismas le toca; siquidem ex dispositione iuris, la facultad, ò privilegio, y derecho que por èl se le adquiere à la parte, ex eo quod casus non evenerit, nõ extinguitur, neque poterit; fundalo con muchos Juan Garcia *de nobilit. glos. 6. num.*37. y solo en terminos que huviera sucedido lo contrario (hoc est) que huviera avido vacante, en la qual la hembra, hija del vlti-

timo posseedor, huviera entrado à gozar, excluyendo à el varon agnado de inferior linea, pudiera formarse disputa, si por ello avian caìdo dichas facultades Reales, y lo en virtud de ellas obrado de su firmeza, y validacion, en que no es razon detenernos, pues no ha sucedido assi.

177 Y consiguientemente las facultades Reales, y lo en virtud de ellas resuelto, siempre està existente, y con su firmeza, y validacion; que es à lo que se debe estàr, para en el caso presente, nihilominus que anteriormente se quiera dezir no aver sucedido, *vt in casu iurisdictionis concessæ, quod non amittatur ex eo, quod casus non evenerit ad eius exercitium*; lo prueban Oldrad. *cons.* 161. Mascard. *de probationib. conclus.* 647. D. Larrea *allegat.* 69. *num.* 8. *& cum istis, & alijs*, noster consocius Balmas. *de colect. quæst.* 7. *num.* 4. Y para nuestro intento sobra el reconocer que dichas facultades, y sus fundaciones, no las ha ideado, ni dispuesto la parte de el Condestable; sino es que siempre las han admitido, observado, y guardado todos los posseedores de dichos Mayorazgos, y se sacaron, y hallaron, para presentar en el pleyto, en el Archivo proprio de el Estado, y Casa de el señor Condestable, vltimo posseedor, que es donde legitimamente debian paràr, *vt ex leg. si quæ sunt cautiones, ff. famil. erciscundæ, cum Hector. Felic. & Camillo Borrello*, D. Larrea *de Anniversar. & Capellan.* Pareja, & alijs, fundat optimè D. Olea *de ces. iur. tit.* 7. *quæst.* 1. *num.* 17. y muy al caso en instrumentos de menos solemnidad que los nuestros, y aun informes por su antiguedad, y archivo, y parte en que se hallaron, los estimò por bastantes esta Chancilleria, para que produxessen su efecto, y se juzgò por ellos, vt testatur D. Amaya *in leg. si quando*, 2. C. *de bonis vacant. num.* 37. y alude à lo mismo D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 49. vbi Add. y concurrir asimismo el que contra dichas facultades, y fundaciones en su virtud hechas, quatenus ad earum existentiam, & certitudinem, no se ha puesto, ni puede poner obice, ni excepcion en contrario, que las pueda elidir. Y resultar, que aun en el año de 1611. en el juizio de tenuta, que entonces se siguiò (& de quo postea agimus) se representaron dichas facultades, que obtuvo la Duquesa, asi para la separacion, y fundacion que hizo de el Mayorazgo de Tobar, y Casa de Velasco, como la que tambien obtuvo para alterar los llamamientos de el Mayorazgo de Tobar, y alte-

racion, y disposicion que en virtud de ella hizo; que vno, y otro comprueba evidentissimamente, el que dichas facultades las tuvieron por ciertas, y seguras los possee dores de dichos Mayorazgos, y vsaron de ellas, y de el efecto que en sì tuvieron.

178 Concurre tambien, vt nihil intactum relinquamus) la solemnidad, y autoridad que las assiste, correspondiente en todo à lo que se observava en el tiempo de su expedicion, que como hemos dicho, y aun lo previene el señor Don Francisco Ramos *in dict. lib. 3. cap. 59. num. 6. ad d. l. Iul. & Pap.* no era con la formalidad tan precisa, que despues se introduxo en el Tribunal de la Camara, que debiò su primera creacion à el mismo señor Emperador Carlos V. por los años de 1525. y no poca estension à el señor Rey Don Pelipe II. por sus Cedulas Reales, que cita el señor Ramos, vltra de que en nuestro tiempo, aunque el señor Molin. *lib. 3. cap. 3. num. 23. & lib. 4. cap. 3. num. 5.* propuso por requisito la citacion al immediato, sus Add. se desviaron de ello, *dict. cap. 3. num. 23.* ibi: *Ideòque, si causa concedendæ facultatis ad bona Maioratus alienanda potest, vltra iudicialem cognitione, nota esse Principi, tunc enim eius cognitio, & proximioris citato vacua erit, &c.* y lo mismo manifiesta Noguer. *allegat. 32. num. 195.* ibi: *Et ex illi respondetur, quod Molin. in dictis locis potius loquutus est ex quadàm congruitate, quam ex necessitate*; sequitur cum alijs Valer. *de transact. tit. 4. quæst. 2. num. 24.* Y no se pudiera templar su doctrina en otra forma, para salvar la disonancia que hiziera à la disposicion legal, y su diferencia juridica entre los actos Forenses, y judiciales; en los quales correrà la citacion, no empero quando el Principe delibera sus concessiones, y las expide en la forma extrajudicial, y graciosa, que es propria de su Soberanìa, y en que no se precisa à las formalidades Forenses de sus Tribunales, porque son mas superiores, y privilegiadas sus influencias; y por esta atencion no se juzga necessaria la citacion, atendiendo solo à que el Soberano se informe (por modo mas decente à su grandeza) de las causas que han de mover su Real animo à la concession que se solicita, y lo fundan contestes los A A. Innocenc. *in cap. nisi cum pridem, de renunt. n. 9.* Roman. *cons. 369. n. 19.* Felin. *in cap. cum olim de rei iudicat. n. 6.* D. Castill. *5. controu. cap. 89. n. 218.* Pont. *tom. 2. cons. 152. n. 5.* Maresc. *variar. lib. 3. cap. 10. n. 155.* Tapia *decis. 20. n. 25.*

Y

179 Y de qualquier forma que se considere, nuestras facultades en dicha succesion, que en justicia por ellas mismas le toca, tienen muy assegurado su efecto, por aver sido (como lo dexamos prenotado à *num.* 38. de este Informe) à vista, ciencia, y consentimiento de los immediatos de dicho Mayorazgo, y aun impetradas por ellos mismos; con que por ningun medio se las puede oponer vicio, ni defecto alguno. Y porque no quede ningun escrupulo, responderè en el fundamento siguiente à los demàs reparos, que en contrario se han movido.

Fundamento Septimo.

EN QVE SE DARA RESPVESTA, QVE DESVAnezca del todo los demàs medios con que se quisieron impugnar dichas facultades.

180 OPusose contra nuestras facultades, para estrechar la potestad de el Soberano, el que no le era permitido alterar los llamamientos de el Mayorazgo en perjuizio de el derecho adquirido por el tercero, por ser, como era, contrario à lo establecido por el Derecho Natural, ò de las Gentes, §. *sed naturalia*, *institut. de iur. natural.* y que el Pueblo tampoco le pudo comunicar tal superioridad, pues no tenia mas que la limitada al Derecho Civil, Petra *de potestat. Princip. cap.* 2. *num.* 24. *&* 35. D. Covarr. *practicar. cap.* 1. vbi Faria, Suarez *de legib. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 3. D. Valenç. *cons.* 69. *num.* 147. D. Salgad. *in labyrint. part.* 1. *cap.* 38. *num.* 15. *&* 16. Y como el dominio que se adquiere por contrato, ò testamento, es introduccion de el Derecho de las Gentes, *leg. ex hoc iure, ff. de iustit. & iur.* no es permitido al Principe derogarle por medio de la alteracion de los llamamientos, en ofensa de el derecho que se le adquiriò al tercero; el qual siempre se contempla ilesso en los privilegios, y rescriptos, *leg. rescripta*, 4. *Cod. de precib. imperat. offerend. leg. omnes, Cod. si contra ius, &c. leg. iubemus*, 14. *Cod. de Sacrosanct. Eccles. cap. causam*, 18. *de rescript. leg.* 2. *tit.* 1. *part.* 2. *leg.* 31. *tit.* 18. *part.* 3. *leg.* 1. *tit.* 14. *lib.* 4. *Recopil.* y alegaron por formales, que prohiben la derogacion de testamentos, ò contratos los textos, *in leg. si testamentum*, 10. *Cod. de testament. leg. si à te*, 7. *Cod. de pact. inter empt. leg. si do-*

nationem, 5. *Cod. de revocand. donationib.* exclamando ser violencia, y tirania, lo que mas honestamente se llama plenitud de potestad en el Principe; pues esta se debe contener en los limites de equidad, y razon, sin estenderse à privar los subditos, sin causa de sus propios bienes.

181 A estas ponderaciones se reducen, las que con mas aparato, y estension acumulan los AA. que se pueden referir en contrario, que demàs de Mier. Garc. Burg. de Paz, Matienç. y Pinel. son D. Molin. *dict. lib.* 1. *cap.* 8. D. Covarr. 3. *variar. cap.* 6. Castill. 2. *controvers. cap.* 28. *& lib.* 3. *cap.* 28. Hermosill. *in leg.* 53. *tit.* 5. *part.* 5. *gloss.* 1. D. Valenç. *cons.* 69. *à num.* 102. D. Larrea *dict. alleg.* 115. Antun. *de donationib. Reg. lib.* 1. *cap.* 11. & quos refert D. Olea *tit.* 5. *quæst.* 4. *num.* 17. & Roxas *de incompat. part.* 8. *cap.* 10. *à num.* 1. donde los juntò todos su Add. Don Fernando del Aguila.

182 Pero reconocidos con atencion estos AA. y especulados con reflexion los fundamentos de su doctrina, no creemos, que alteran la certeza de la que hemos fundado; en la qual reconocemos, que el derecho perfecto radicado, y adquirido per traditionem rei, no es tan facil en la soberana potestad vsar de ella, ni perjudicar al tercero, à quien està adqurido; y entonces es necessario el concurso de causa publica, y de los demàs medios que consideran los AA. y textos, cuyos limites no ponen margen à la potestad de el Principe in iure de futuro, seu in spe, & non adquisito, nec radicato. En el qual (como dexamos fundado latissimamente) es innegable la autoridad de el Principe; cuya diferencia, y distincion se manifiesta de los mismos textos, y leyes, què en contrario se nos oponen, *vt videre est in dict. leg.* 31. *tit.* 18. *part.* 3. en donde disponiendo el Principe no arbitre èl la concession de sus privilegios, ò rescriptos contra los interesses, que assegura el Derecho Natural, ofrece luego el exemplo, ibi: *E contra Derecho Natural seria, si diessen por privilegio las cosas de vn home à otro*; cui consonat *dict. leg.* 2. *tit.* 1. *part.* 2. con alusion à el general precepto de conservar à cada vno lo que possee suyo, que dicta la razon natural à todos los mortales, *§. sed naturalia, instit. de Iur. Natur. Gent. & Civil.*

183 Este tan autorizado perjuizio es el atendido en las concessiones Regias, y no otro de inferior classe, por lo expressivo de las mismas leyes. Y contraìdas estas decisiones

à la

à la diſputa de Mayorazgos, ſerà forçoſo confeſſar, que eſte derecho, ò dominio en el eſtado perfecto, que contempla el Derecho Natural ſecundario, ò de las Gentes (porque hablemos con mas propiedad) ſolo exiſte radicado en el poſſeedor actual, que tunc temporis tiene el entero dominio, vt cum D.Molin. *lib.*1. *cap.* 19. lo dexamos dicho. Ni puede ſer comunicable à otro, por la repugnancia legal de que pueda reſidir en dos à vn miſmo tiempo, *vt ex dict. leg.* 5. §. *ſi vehiculum*, *ff. commodati mànet etiam fundatum.* Con que ſiendo aquel ſolo obſtativo de las facultades, como embarazo juſto de la poteſtad Real, ſe induce de las miſmas leyes alegadas en contrario, que ſolo ſerà impedimento à los Regios reſcriptos, y diſpoſiciones nuevas, lo que fuere agravio de el que poſſee, y de el dominio que tiene preſente. Veaſè, pues, con què proporcion ſe podrà ponderar eſte fundamento, para ruyna de las fundaciones de Doña Maria, y D. Juan de Tobar, y de las facultades con que ſe executaron, à viſta de las circunſtancias que califican los diſtantes terminos en que ſe expidieron.

184 Y quando concedieramos (ſin perjuizio de la verdad) las miſmas ventajas à la expectacion immediata de el ſucceſſor, y le ſupuſieramos vn derecho tan perfecto, que pueda obſtar à las ſupremas reſoluciones en el ſentido de las leyes Reales, que fue penſamiento de Antun. *de donationib. Reg. lib.*1. *cap.*11. *num.*78. admitiendo por eſte la doctrina de Mier. *part.*2. *in initio*, *num.*47. D. Molin. *lib.*1. *cap.*8. *num.*31. y de el ſeñor Larrea, que ſe declararon contra la poteſtad, que reſuelve variar los Mayorazgos en perjuizio de ſucceſſores, por aprehenderſe eſta eſperança, tan cercana, y probable, que dixo, *quod erat quodammodo infalibilis* (ſin atender la reſiſtencia, que haze al dictamen comun de los AA. que conceden la juſta virtud de los reſcriptos en perjuizio de la herencia diferida, y lo demàs que dexamos fundado) esforçandolo con lo que la Camara practica de la citacion de el immediato para el ſumario conocimiento, que precede oy à las facultades, ſobre bienes de Mayorazgo, para eſtimarſe en aquella principal, y primera repreſentacion, para cautelar ſeguros los intereſſes de la familia, *iuxta leg. liberto*, 31. §. *vna defendente*, *ff. de negot. geſtis*, & notata per Paz *de tenut. cap.* 43. *num.*7. tampoco (aun diſcurriendo en eſte ſupueſto volun-

tario) obraron las facultades nuestras en daño de Don Pedro, *num.* 40. ni de Don Bernardino de Velasco, *num.* 42. que eran los successores immediatos de Doña Maria, y Don Juan, y de los demàs sus hermanos varones, que vnos, y otros las consintieron, y aprobaron; con que menos se puede reparar esta invalidacion en las facultades que influyesse la nulidad ponderada contra vna, y otra alteracion.

185 Todo lo hasta aqui dicho es tan legal, y tan notoria la diferencia, que ay entre el derecho perfecto, y radicado, y el derecho de futuro, que no ignorandolo los Autores mas declaradamente opuestos à la regalia, y para eximirse de ello, quisieron formar en la persona de el fundador vn real, perfecto, y adquirido derecho à la observancia invariable de lo que dispuso; estimando, que cada vno de los llamados succede ex tunc por el derecho comunicado immediatamente de el fundador, de quien se finge recibir el Mayorazgo, sin dependencia de los intermedios successores, *ex leg. vnum ex familia*, §. 1. *&* §. *sed*, *& si* 5. *ff. de legat.* 2. ibi: *Ex primo testamento.* Y lo ponderan los Add. ad D. Molin. *dict.cap.*8. *num.*28. *versic. Et cum Authore in fin.* añadiendo, que la existencia de las vltimas voluntades, y testamentos tiene acreditados sus mayores privilegios en el Derecho Natural secundario, y de las Gentes, *ex vulgari text. in leg.* 1. *Cod. de Sacrosanct. Eccles.* Gom. *in leg.* 3. *Taur. num.* 1. y es discurso à que assienten el señor Luis de Molina, D. Covarrub. Antunez, y casi todos los que antes referimos por la opinion opuesta à la Regia potestad en la practica conteste de semejantes expediciones; y porque este principalissimo fundamento se compone de dos medios diversos, me aplicarè à satisfacerle con separada reflexion de ambos. Prenotando antes, por lo que se percibe de el supuesto, que en contrario se nos opone, el que por èl mismo se confiessa yà el exercicio de la potestad Regia in iure de futuro, non perfecto, nec radicato, quod cla issimè patet ex eo, que todos los Autores, que con el señor Molina, y Covarrub. quieren modificarla, fingen, y consideran para ello derecho perfecto, y radicado respectu fundatoris, tàm in primis vocatis, quàm ex postea nascituris, y que esta disposicion, como voluntad testamentaria de el fundador, firme ex Iure Naturali, & Gentium independente del Principe, y Derecho Civil, no queda aptitud en la potes-

tad

tad Regia, parà poder alterarla, quod facilius diluetur.

186 Y en quanto al primer medio de querer persuadir las obligaciones testamentarias, autorizadas del Derecho de las Gentes, de quien se dize fueron introduccion los testamentos; aunque pudieramos disputar la vniversalidad de este origen con las leyes que intimò Solon à los Atenienses, entre las quales se vieron muchas, que dieron à conocer los testamentos (hasta entonces no advertidos de aquella Republica) su forma, y solemne disposicion, como testifica Plutarco *in vita Solonis*, y con las que despues estendieron con menos advertida politica los Romanos, maximè en las de sus doze Tablas, de que hizo especial memoria Cicer. *lib. 2. de intionib. & lib. Retoric. ad Herenium*, y el Emperador *in leg. fin. Cod. quorum bonorum, §. responsa, institut. de iure naturali, cum plurib. per Matienç. leg. 3. tit. 4. lib. 5. Recop. glos. 3. per tot.* con la memoria de algunas Naciones, entre quienes se sabe fue mal admitida la testamenti faccion, y aun desterrada con prohibicion rigurosa, como de los antiguos Alemanes refiere Cornel. Tacit. *de morib. Germanor.* y advirtiò en las Republicas de Socrates, y Platon Aristotel. en el segundo de sus politicos, por la reciproca possession, y dominio en comun, que permitian à qualquiera en los bienes de todos sus Ciudadanos, y otras noticias, que son conocidas de los eruditos; no obstante por no dilatar à volumen este papel con envestigaciones menos necessarias, reconozco con el comun de nuestros Escriptores, que los testamentos (quidquid sea de su origen primitivo, y quando concedieramos sin ofensa de la verdad que avian debido sin introducciõ al Derecho de las Gentes) su pulidez, solemnidades, y firmezas obligatorias, fueron decretadas de las disposiciones, y leyes civiles, que las cautelaron, videndi Carul. Siguen. *de antiquitate iurium Civium Romanorum omnes Tauristæ in dict. leg.* 3. Vazquez, Menchaca *de succes. creation. §. 1. num. 1.* D. Covarr. *variar. lib. 3. cap. 6. num.* 7. & vbi Faria, D. Molin. *lib. 1. cap. 2. num. 5.* Giurb. *ad Mesan. cap. 6. glos. 6. & 7.* Antunez *de donation. lib. 1. part. 3. cap.* 16. aunque resistiò poderosamente este dictamen el Cardenal de Luc. *de feud. discurs.* 64. *num.* 14. *& discurs.* 89. *num.* 20. y mas formalmente en el tratado *de fideicom. disc.* 141. *num.* 36. (donde acordandose de el señor Covarr.) censura, no poco severo, su resolucion en esta parte.

De

187 De forma, que los testamentos en su origen nada tenian de autoridad, hasta que se la comunicaron las leyes civiles, ni eran eficazmente obligatorios, porque totum dependebat ex voluntate hæredis; antes que Justiniano los elevasse à esta prerrogativa, *in §. 1. instit. de fideicommiss. hæredit.* ibi: *Sciendum est omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse; quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat*; y especialmente en los fideicommissos, de que habla el texto. Y assi vemos, que no solo lo obligatorio de estas obligaciones, mas su introduccion, y primer origen se debiò à Lucio Lentulo, en el tiempo del Emperador Octaviano Augusto, como atesta el mismo Justiniano *in §. 1. inst. de Codicillis*, his verbis: *Ex cuius persona* (habla de aquel) *etiam fideicommissa esse ceperunt*; notat Spino *de testament. rubric. num. 22.* ibi: *Ius enim civile addit robur testamentis, statuens, vt testatoris voluntas servetur pro lege, nam ius gentium, quo testamentum inventum est nullam necessitatem imponebat, sed totum pendebat à voluntate hæredis, &c.* y por esso dixo con frasse mas decissiva el Cardenal de Luca *de feud. dict. discurs. 74. num. 15. Igitur fideicommissorum necessaria observantia, non à iure Naturali, vel Gentium, vt aliqui puri leguleici putant, provenit, sed à iure positivo moderno tempore prodito.*

188 Y aun es menester aprovecharse de la general latitud de estas reglas, para atraerlas à lo particular de los Mayorazgos; los quales nunca fueron conocidos de el Derecho Civil, y su modo, forma, introduccion, y firmeza, lo percibieron de la costumbre general de nuestra España, que los hizo tratables à similitud del Reyno, y de sus leyes, que prescrivieron despues reglas à su prudente govierno, y conservacion, como se advierte en ellas, y lo funda D. Molin. *lib. 1. cap. 2. num. 6. & sequentibus*, ibi: *Sicque ius civile passim plura de huiusmodi fideicommissis conditionibus, & substitutionibus vinculis; gravaminibusque in quibus præsertim Maioratuum ratio consistit, disponit, ita vt certissimum sit præcipuam causam ius civile nostri temporis Maioratibus dedisse, idque ipsum fuisse ius Regium Hispanorum proprium, ac peculiare, &c.* Salç. *in Theatr. honor. glos. 32. num. 106.* alter Molin. *de iustit. & iur. tom. 3. disp. 576.* Castill. *lib. 5. cap. 82. num. 42.* D. Valenç. *cons. 69. num. 70.* cum alijs notatis per Add. ad D. Molin. *vbi supr.* porque los fideicomissos antiguos, y los feudos que se conocieron, yà por el derecho del Codigo, no son los mismos que nuestros Mayoraz-

razgos, aunque se proporcionan, y fraternizan en muchas partes, de quo per eundem Molin. & alios relatos.

189 Ni los Mayorazgos, ni los Fideicomissos conocen otra antiguedad, que la derivada de las Romanas, y Españolas leyes, en las quales hallaron su origen, y acreditado crecimiento, y duracion. Y si se miden por la generalidad de vltimas voluntades, en que tienen comprehension, tambien se advierte, que la firmeza, y privilegiada obligacion de estas disposiciones, no tiene mas autorizada, y antigua recomendacion, que de las mismas leyes, aunque su introduccion se motivasse del comun vso de las Gentes (como quieren los que mas favorecen su autoridad) con que siendo el Principe arbitro con absoluta superioridad en las disposiciones civiles, y con poder justo de dispensar en los derechos que estas introducen (como dexamos fundado con toda advertencia, y lo enseña con magisterio Prosper. Fagnan. *in cap. quæ in Ecclesiarum, de constitutionib. num.* 133. *cum sequentib.*) por forçosa, y certissima consequencia legal se le avrà de conceder la potestad de alterar los llamamientos; pues ni la calidad de Mayorazgos, ò Fideicomissos, ni la privilegiada indemnidad de los testamentos, tiene oposicion juridica à estas dispensaciones, en las quales la potestad Regia, ex iam dictis, no se puede negar ser poderosa para su expedicion: y consiguientemente no ser de estimacion, ni apreciable el embarazo que se nos quiere formar en el primer medio.

190 Tampoco es de estimacion lo discurrido en contrario en el segundo medio, ni se puede descubrir el derecho que se finge adquirido (respectu fundatoris) y perfecto para la permanencia de su disposicion en el concepto del señor Covarr. Molin. y los demàs referidos; porque por su muerte se contemplan los bienes vacantes, sin dueño, y prodereliсto, *iuxta text. in leg.* 1. *ff. de rer. divis.* y por esto observò con aguda discrecion Cujacio, que el testador no dà lo que dispone, sino lo dexa impossibilitado de poder estender su dominio, vltra de los terminos vitales; de que resulta que este derecho tiene sola la entidad, que le fingen los artificios sutiles de el Derecho Civil, sin otro ser, ni existencia, respecto de que la que logrò antes, se viò aniquilada, y totalmente extincta por la muerte de el testador, y para perpe-

tuarla se vale de la persona ficta en la herencia iacente, de la continuacion de dominio en los herederos, y de otras especialidades, que explicò con erudicion D. Joseph de Escal. *in Gazophilat. Regn. Peruf. lib. 1. cap. 38. num. 1.* ibi: *Et si defuncto-rum nullius esse dicantur bona, in leg. 1. ff. de rer. divis. quia meta bonorum, & vltima linea est, mors. Vnde Seneca appositè dixit bona nostra nobiscum cadere: qua ratione huius generis bona primo ocupanti cessura essent, si legis providentia non occurreret fictione, æmentitæ personæ sub nomine hæreditatis iacentis, quæ veluti Domina substineat, & ocupet à defuncto relicta, quo vsque transeant in veram hæredis personam, evacuata persona comentitia, leg. hæres, 22. leg. ceptam, 40. Cod. de vsucap. leg. hæreditas, de pet. hæredit. leg. hæreditas, ff. de adquirend. rerum domin. Valen. de illustr. tractat. tom. 1. in prælud. ad leg. si quis pro emptore, 15. ff. de vsucap. Quo spectat pulchra observatio Iacobi Cujac. observantis à defuncto præstita in vltimo elogio, non tàm data, quàm relicta dici ab Auctoribus iuris, quasi ea que se cum ferre nequeat decessor, vt ferendi, vel dandi expers, propriè, & partite loquendo, relinquat potius, quam præstet. Tamen iure optimo, & benigno obtinuit, vt bona defunctorum de quibus venia legis disponit in largitionibus licitis, vt sic sit solatium post mortem, voluntas vltra factum, vt ait Lipsius, & Prorroget Imperium Dominicum in extraneis cogitationis reliquijs.*

191 Siguese, pues, no aver derecho real, ni perfecto de el testador difunto, si solo el imaginario, è ideal, que forman tantas suposiciones, y delgadezas artificiosas de las leyes civiles, y como tales, de menos reparable embarazo à el supremo poder en estas facultades, como elegantemente lo funda el Cardenal de Luca *de Regalib. dict. discurs.* 177. *num.* 27. ibi: *Quoniam aut consideratur præiudicium successorum, & istis nullum ius proprium tollitur, sed solum addimitur illud speratum ius, quod ipsa lex positiva concessit, faciendo obligatorias defunctorum dispositiones, quæ alias non erant tales, & sic addimendo beneficium ab ipsa lege possitiba concessum.* Et posteà: *Aut verò consideratur interesse, aut præiuditium defuncti, qui illam legem in illis bonis à se possessis adiecit, & pariter istud præiudicium dicitur minus considerabile, dum ille iam anihilatus est, nullumque dominium, vel ius, amplius retinet, &c.* videndus Matienç. *in dict. leg. 3. tit. 4. lib. 5. Recop. gloss. 3. num. 3. in fin.* Considerese, pues, este derecho sin realidad, y anquilado, ò con algun ser, que le fingen las leyes civiles, siempre queda subordinado à las operaciones de el Prin-

Principe, ſin poderſe indultar de ſu poder, por lo diſcurrido, y queda deſcubierta, y manifieſta la flaqueza de dicha opoſicion, que en contrario ſe haze; y ſatisfechos, y reſpondidos los medios que por ella ſe quiſieron ponderar.

192 No es mas vigoroſa la que tambien ſe quiſo formar de la *ley ſi teſtamentum*, y ſus concordantes, porque ſus deciſiones no ſe oponen formalmente à la diſpoſicion Real, ni decretan con expreſsion la nulidad de lo que diſpenſan eſtas facultades, aunque inſinuan ſer mas concorde à la moderacion de vn Principe juſto, no expedirlas ſin juſtas cauſas, y eſte concepto ſe exprime con claridad en ſus palabras de conſejo, y conveniencia, de que advertidamente vſan los Emperadores, ibi: *Authoritate reſcripti noſtri reſcindi non oportet.* Y lo advierte Didacus Perez *in leg.6. tit. 12. lib. 3. ordinamenti*, Barboſa *in leg. quoties, Cod. de precib. Imperatorib. offerend. num.19.* cum alijs congeſtis per Salced. *in dict.leg. num. 92. & dict.cap.14. num.34.* y admitidas en eſte ſentido, ſe conoce ſu prohibicion directiva, è impropia, dictada de los motivos de honeſtidad, y congruencia, que perſuaden al Principe à governarſe con la mas juſtificada reflexion en ſus reſoluciones; no empero poſsitiva, y preciſa con fuerça para fruſtrar con nulidad notoria la conceſsion, deſpues que el Principe (contempladas atentamente las circunſtancias) reſolviò decretarla, y expedirla, como reparò el Cardenal de Luca *dict. diſc.148.num.13. & diſc.177.etiam num.13.*

193 El efecto ſolo de eſta prohibicion impropia, y menos eficàz, concede à los referidos textos Cenſal. ad Peregrin. *dict.artic.52. verſic. Secunda fuit ſententia*, D.Salced. *in dict. ll. num. 107.* y el miſmo Cardenal de Luca *vbi ſupr. num. 15. & 16.* y aunque Menchaca, y Burgos de Paz les quiſieron dar eſtenſion à la mas riguroſa, y preciſa nulidad, eſtàn notados, y ſatisfechos ſus motivos por el ſeñor Salcedo, donde funda por eſta razon, que eſtas legales prohibiciones ſolo obran en lo reſpectivo à mover la poteſtad de el Soberano, y perſuadir à que (por ſu mayor quietud, y ſeguridad en el fuero interno) no decrete ſin la mayor juſtificacion eſtas mercedes; pero expedidas (como yà latiſsimamente lo dexamos fundado) ſon validas, y firmes, ſin que las pueda, ni deba ſindicar en ſu cauſas, y motivos, que tuvo el Principe para expedirlas; y mucho menos las nueſtras, à viſta

de-

de las razones, y fundamentos, tan juridicos, que dexamos prenotados, y que comprueban en todo su justificacion, y firmeza.

194 De todo lo que dexamos fundado, harèmos transito para su mayor firmeza à lo que el mismo señor Don Luis de Molina nos enseña, y dexò fundado, y resuelto en su doctissimo *libro de Hispanor. primog.* en el qual en diversos capitulos, y numeros, que recordamos, nos afiança, y pone segura la autoridad de el Principe en sus facultades, para poder alterar lo dispositivo de los llamamientos en las fundaciones de Mayorazgos: assi lo resuelve *lib.*1. *cap.* 8. *num.*34. en el caso que en èl propone, ibi: *Nam si ex primi institutoris dispositione ad utriusque Maioratus successionem filius primogenitus vocatus sit, non poterunt matrimonium contrahentes, seu eorum parentes aliquid contrarium his, quæ in prima Maioratus institutione præcepta, & provisa sunt disponere* (aqui) *nisi Regia facultas ad id faciendum interveniat.* No pudo dexarnos mas claro este gravissimo Senador su sentir pro validitate facultatis Regiæ, que lo demuestran sus palabras, y la razon que para ello dà, ibi: *Non enim possunt Maioratuum successores antiquum succedendi ordinem Maioratibus institutum* (aqui) *propria authorita mutare, seu alterare.* Y con elegancia nos dize ser necessaria para ello la Regia facultad; y pues la advierte, y propone, igualmente la confiessa por segura para dicho efecto. No podemos de su gran magisterio persuadirnos firmasse doctrina en este punto (como la dexò propuesta) que no les fuera muy segura, como lo es, y debe ser à los impetrantes de dicha facultad, è igualmente à lo obrado en virtud de ella.

195 Conduce tambien la poca, ò ninguna estimacion, que el mismo señor Molina considera tener en sì el ius de futuro en los llamados, y substituìdos en los Vinculos, y Mayorazgos; pues como lo dexamos dicho, y lo prenota *lib.*3. *cap.* 14. *num.* 18. en explicacion de el *text. in leg.* 1. *Cod. de fideicom.* no le estimò por de entidad alguna, ni deducible en juizio, *vivente actuali possessore*, ac per consequens ex ore tanti Doctoris, calificamos en la materia sujeta la diferencia *inter ius de præsenti, & ius de futuro*, para que en el primero la facultad Regia se entienda con las circunstancias precisas, no necessarias en el segundo caso, que magistralmente funda, y defiende D. Salced. *de leg. polit. lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 29. *cum seqq.*

Y

196 Y porque se quiere dezir por los Abogados de el Duque, que este gravissimo Doctor, y Senador se halla contrariado en este mismo capitulo, vt Seneca contra Senecam, les harè evidencia no aver sido, ni ser justo su reparo, ni aver contraposicion alguna en lo resuelto, y fundado en dicho capitulo. En el qual, aunque en su ingresso funda, y dize, no poder la Silla Apostolica derogar el derecho al Principe en la provision de los beneficios, que vacan per possessorem eorum pro motum ad Episcopatum ex præsentationis Regis, es en fuerça del derecho, *non iam de futuro, sed de præsenti*, que al Principe se le adquiere, y en este derecho es en el qual dize el señor Salced. *à num.* 21. no se le poder, ni deber perjudicar el Principe; cuya resolucion no embaraza à la que despues propone, y funda in facultatibus Regijs, para poder alterar el Principe en virtud de ellas, *vocationes, seu substitutiones Maioratuum*. Ni en esto se contrarìa, atendida la diferencia con que procede de vn caso à otro; pues en el primero, *loquitur in iure de præsenti, causato, & adquisito*; en el segundo, su sentencia la propone en fuerça de ser derecho de futuro, el que los substituìdos pueden representar, no causado, ni radicado en ellos de præsenti.

197 Esta misma doctrina, y conclusion sigue, y repite este gravissimo Doctor *in dict. leg.* 4. *cap.* 24. *tit.* 14. *lib.* 3. *Recop.* y aunque tambien se nos quiso oponer, no iba firme en ella, y prenotaron sus palabras, *num.* 136. ibi: *Fatens ergo, quod ab insipientia mea descendat hanc amplecti doctrinam cum tantæ molis incapax sim, temeritatisque instar sit in hac re calamum attingere, meumque interponere iuditium, cum in ea iurisprudentia patres resolutivè loquti fuerint*. Ponderando, y queriendo fundar de ellas trepidèz en su juizio, y sentir, es consideracion invtil, y no querer representar su doctrina, y opinion solida, que es la que sigue este doctissimo Senador, y nos dexò prescripta *dict. num.* ibi: *Tamen credo Principes posse ius in spe competens vocatis ad successionibus in Maioratibus mutare, quam ex mente Doctorum de promere conabor*. Y procede à fundarla muy copiosamente, y con toda solidèz, firme siempre en ella.

198 Y el que por su modestia en el ingresso de su opinion vsasse de las palabras referidas, no remueve en cosa su juizio; y procede con la discrecion que dexò tambien prenotada el doctissimo D. Rodericus Iuarez, de que hazemos

mos mencion en el ingresso de este Informe, ibi: *Et in hoc vilio incidimus omnes, inter quos maximè sum ego, qui accusus sum ponere manum ad calamum, indoctus, & insufficiens ad hoc.* Nada de lo qual ha quitado al señor Roderico Juarez la autoridad de sus doctrinas, y opiniones, seguidas, y veneradas en todos los Tribunales de España; ni puede tampoco modificar la de el señor Don Pedro Salcedo, que tan expressamente nos dexò fundado su juizio, y sentir en la opinion que sigue, y manifiesta; y mucho menos quando no es sola de este gravissimo Autor, sino es de tantos DD. que la siguen, y comprueban (que dexamos yà prenotados) y admitida, y practicada en los Tribunales de España, y fuera de ella, Eclesiasticos, y Reales; de cuyas decisiones, y exemplares, por los que estàn presentados por nuestra parte en este juizio, se harà mencion en el fin de este discurso segundo.

199 En cuya continuacion resta solo para el cōplemento de este discurso (bien prolixo por las circunstancias que en si tiene) el satisfacer à lo que ha inspirado en los defensores de la Duquesa, suscitando otro medio, en que procuran persuadir que el Condestable no tiene llamamiento en estas fundaciones, ò que le obsta la literal exclusion que se vè decretada en ellas, de el posseedor de la Casa de Velasco; manifestandonos yà en esto mismo la justa desconfiança de sus esfuerços contra la Regia potestad, y que advertidos de que con tan dèbil arrimo flaquean los derechos que procuran establecer, se refugian à lo que nuevamente suponen obstarlos por las mismas fundaciones. Y para demonstrar la incertidumbre, y debilidad de este tan ponderado fundamento, avrè de discurrir con breve reflexion à cada vna de las tres fundaciones, que se han deducido en este pleyto, para evidenciar, que en todos los tres referidos Mayorazgos tiene el Condestable llamamiento expresso, que obra en el caso actual de esta vacante, *ad text. in leg.* 1. *C. quor. bonor. cum vulgat.* y porque nos desembaracèmos de la primera fundacion, que dispuso Juan de Tobar, no ay duda que en ella tiene conocido llamamiento, y si bien (por su naturaleza regular) estè preferida la Duquesa, tambien es cierto, que por la impossibilidad de satisfacer al precepto de Apellido, y Armas (sobre que discurrirèmos en el discurso à que està remi-

mitido) obra la providencia del fundador, que decretò el transito al Condestable, como siguiente en grado mas immediato à la Duquesa.

200 En la nueva fundacion de Doña Maria de Tobar, q̃ executò el año de 1520. tambien està notorio el llamamiento del Condestable, como descendiente agnado, que se halla del Marquès de Berlanga Don Juan de Tobar, en cuyo beneficio, y de su varonil descendencia, se previno la fundacion; y aunque en ella se excluyò al posseedor actual de la Casa de Velasco, con quien meditaron incompatible este Mayorazgo de Tobar (de que toman fundamento para su ponderacion los Abogados de la Duquesa) esta exclusion no puede ser legitimo impedimento à la succession de el Condestable, quando se huviera de diferir por sola esta escriptura de fundacion; y este assumpto le hallarèmos acreditado en la disposicion legal por diversas, y concluyentes demonstraciones, aun prescindiendo de lo intempestivo de esta excepcion; pues aunque (para dàrla cuerpo en este litigio) se le supone al Condestable quieto, y pacifico posseedor de los Mayorazgos de Velasco; no advierten las demandas, que en esta Chancilleria le tienen puestas en juizio de propriedad à los dichos Mayorazgos de Velasco, y que con dicha litispendencia no ay terminos proporcionados à la incompatibilidad, quando fuesse valida, y expressa; Clementin. *gratia de rescript*. ibi: *Pacificè assequaris*, *cap. commissa*, §. 1. *de elect. in* 6. Barbos. *de potest. Episcop. part*. 3. *alleg*. 62. *n*. 3. *&* *alleg*. 72. *n*. 19. *de Sede vacant*. Fermos. *tract*. 1. *quæst*. 2. *num*. 10. Roxas *de incompat. part*. 7. *cap*. 4. *num*. 36. *&* *sequentib*. *&* *signantèr num*. 50. ibi: *Si nimirum successor non sit in pacifica possessione; sed super aliquo ex duobus incompatibilibus Maioratibus mota fuerit lis*, *&c*. videndi plures apud Aguil. ad Rox. *vbi sup*.

201 Examinada mas esta incõpatibilidad, que se nos quiere oponer, y los motivos con que se decretò, resulta fue prevenida con la Real facultad del año de 1518. obtenida por Doña Maria de Tobar, y à su suplica, notada con notorios vicios de obrepcion, y subrepcion, por aver assentado, que los Mayorazgos de Velasco, y Tobar, eran incompatibles por el gravamen de Apellido, y Armas; y en virtud de dicha facultad passò à separarlos; mas fue tan poco estable en esto su separacion, que solo se practicò en Don Juan de Tobar, pri-

primer llamado; porque aviendo ſuccedido Don Iñigo ſu hijo, *num.* 49. y heredado deſpues los Mayorazgos de la Caſa de Velaſco, por muerte del Condeſtable Don Pedro Fernandez de Velaſco ſu tio, los poſſeyò vnidos muchos años, haſta que los cediò en ſu hijo ſegundo Don Pedro de Tobar, *num.* 56. por cuya muerte ſe ſiguiò el pleyto de tenuta entre el ſeñor Condeſtable Juan Fernandez de Velaſco, *num.* 54. con ſu hermano Don Iñigo, Marquès de Auñon, *num.* 57. en que huvo la Executoria de el año de 1611. excluſiva de eſta incompatibilidad, pues ſe mandò dàr al ſeñor Condeſtable, declarandole legitimo, y legal ſucceſſor de eſte Mayorazgo.

202 De modo, que en todo el diſcurſo de aquel pleyto ſolo ſe controvirtiò la incompatibilidad, que aora ſe ſuſcita, y las fundaciones de Doña Maria de Tobar, y ſu validacion en lo reſpectivo à eſte concepto. En ellas fundava el Marquès D. Iñigo, como hermano ſegundo, y el ſeñor Condeſtable en la calidad de primogenito, y en los defectos de obrepcion de las facultades que regularon la incompatibilidad. A eſtas pretenſiones correſpondiò favorable la Executoria, no determinando ſobre la agnacion (que no pudiera, no aviendoſe controvertido, como lo fundarè en el Diſcurſo tercero, donde toca) con que ſolo fue efectiva en la excluſion de la incompatibilidad, calificando los vicios de obrepcion, y ſubrepcion con que ſe obtuvo la facultad para ſeparar dichos Vinculos; de que reſulta, que eſta Executoria (tan ponderada en favor de la Duqueſa) reſiſte eſta alegacion de los Abogados, manifeſtando no aver incompatibilidad en los Mayorazgos de Velaſco, y Tobar, y que ſe pueden poſſeer juntos por ſola vna perſona, ſin ofenſa de ſus clauſulas, y gravamenes; y conſiguientemente el esfuerço preparado para excluìr al Condeſtable de ſu llamamiento en el Mayorazgo de Tobar, tiene invencible opoſicion con la coſa juzgada, y mas fuerte en el ſentido con que la conciben los defenſores de la Duqueſa; lo qual ſobra para deſvanecer ſus ponderaciones, *leg. ſingulis, ff. de except. rei iudicat. leg. terminata, C. de fruct. & litis expenſ. cap.* 1. *de litis conteſtat. in* 6. D. Caſtill. 5. *controu. cap.* 157. D. Larr. *deciſ.* 55. *per tot. &* 77. *num.* 10. D. Creſp. *obſervat.* 22. *à num.* 201. D. Paz *de tenut. cap.* 32. *à num.* 2.

Y

203 Y se coadiuva mas con la continua possessión que se ha subseguido à la executoria; pues desde su expedicion, hasta la vacante actual, en que han passado mas de 90. años, se han posseído juntos estos Ma yorazgos por los que han sido Condestables de Castilla (sin embargo de aver avido hermanos en quien divertirlos) con tal formalidad, que en cierto modo se ha estimado à Berlanga por inseparable adherencia de la Casa de Velasco, y por vna de sus forçosas pertenencias, todo ello exclusivo de dicha incompatibilidad; cuya possession, y vltimos estados tambien produce su efecto, *vt ex leg. moveor. C. si servus exportan. leg. si mater, Cod. ne de stat. defunct. leg. illud, Cod. de collat. cap. consultationib. de iur. Patronat.* notant Add. ad D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 6. *sub num.* 59. D. Cast. 5. *controu. cap.* 93. §. 7. cum plurib. Roxas *de incompatib. part.* 6. *cap.* 1. *num.* 28. vbi Aguila eius Add. y la mas insuperable autoridad la del Real Consejo de Castilla, en el qual el Condestable obtuvo las tenutas de ambos Mayorazgos à su favor, y de los revnidos al de Tobar, que no logràra si en cada vno de ellos no huviera manifestado, como lo hizo, su llamamiento, y caso de su succession, sin impedimento alguno para poder obtenerlos.

204 Puedese sin embargo hazer otro reparo de las mismas consideraciones que llevamos hechas, diziendo, que la misma Executoria, pues no estimò la incompatibilidad que Doña Maria de Tobar previno en sus disposiciones de el Mayorazgo de Tobar con la Casa de Velasco, tanto es opuesta à los llamamientos de succession agnaticia; y pues el señor Condestable en dicho juizio de tenuta, como tal primogenito, venciò al Marquès de Auñon su hermano segundo, alegando, que sin embargo de las novedades de dicha Doña Maria de Tobar, debia obtener por el Mayorazgo antiguo de Juan de Tobar, y que assi lo estimò el Consejo por su sentencia; igualmente se debe inferir, y subsigue contra nuestras defensas, que si nos valemos de la Executoria para excluìr dicha incompatibilidad, lá debemos reconocer efectiva en orden à la succession regular en personas de ambos sexos, como dictamen de la primera fundacion. Y si insistimos en las fundaciones de Doña Maria, queriendolas salvar de la Executoria, igualmente nos debemos aquietar à la incompatibilidad, que con el Mayorazgo de Velasco decretan;

tan; sobre cuyo reparo se hizo grande instancia à la vista de el pleyto por los Abogados de el Duque, à que entonces dimos satisfacion concluyente, y se bolverà à representar con medios muy legales que la comprueban.

205 Para lo qual manifestamos, como es cierto, que dicha sentencia del año de once, decretò invalida la pretendida incompatibilidad de estos Mayorazgos, y que en lo respectivo à esta qualidad arruinò indisputablemente las Regias facultades, y las nuevas fundaciones, que en fuerça de ellas previno Doña Maria de Tobar; empero no tocò en los llamamientos agnaticios, ni esta forma de succession varonil se deduxo en aquella controversia, y mucho menos calificò dicha Executoria defecto de la potestad Suprema en el exercicio de estos rescriptos (que por tantos, y tan juridicos medios dexamos yà comprobado) con que su formal decision nos dexò intactos aquellos medios principales de defensa, que afiançan los derechos de el Condestable en este juizio de aora; segun que el Supremo Consejo lo tiene tambien assi estimado en su vltima sentencia de tenuta, de que dimana el de propriedad, que aora se sigue. Y solo quedarà el escrupulo de que aviendose desestimado las facultades, y fundaciones de Doña Maria en aquella parte, no parece aver capacidad para contemplarlas validas, y efectivas solo en las providencias agnaticias con que regularon la succession.

206 No es tan preciso este riesgo, ni tan poderoso su influxo en daño de nuestras defensas, que las excluya sin poderse salvar de este inconveniente; si se atiende que assi las expediciones Regias, como las disposiciones de la Duquesa, contienen dos principales, y diversos conceptos, contrarios à el Mayorazgo primero de Juan de Tobar: vno, el de incompatibilidad con la Casa de Velasco: y otro, en que se limitò la succession à los varones agnados descendientes de Don Juan de Tobar, y de los otros sus hermanos, à quienes fueron dirigidos los llamamientos. El primero (que fue el controvertido) se viò inexistente por los vicios de obrepcion, y subrepcion, que influyeron en facilitarlo con defeccto insanable de las facultades (que fundarèmos en el discurso siguiente) lo qual no influyò en la succession agnaticia; para lo qual, assi el Principe, como los Suplicantes, se movieron de la mayor conveniencia, à la conservacion lustrosa

de

de la Casa de Tobar, ayudada està causal de los insignes meritos, y servicios singulares de los Suplicantes. No participò esta vltima novedad de los vicios, que hizieron poco firme la primera. No se litigò sobre ella en el pleyto antiguo, ni en èl se desestimò la potestad del Principe, ni las fundaciones de Doña Maria de Tobar; luego (con tan diversas razones) se verifica en lo legal, que invalidas por lo respectivo à la incompatibilidad, fuessen poderosamente justas en la prevenida agnacion.

207 Porque segun reglas juridicas, quando las disposiciones contienen vn hecho individuo, no permiten la separable precission de sus partes, y capitulos; y assi decretan las leyes, que deben ser absolutamente validas, firmes, y seguras, ò en el todo informes, y sin efecto apreciable; porque no es capàz de diversas atenciones, y respetos, lo que se muestra indivisible en su naturaleza, *leg. stipulationes non dividuntur, ff. de verbor. obligationib.* ibi: *Earum rerum, quæ divisionem non recipiunt; leg. cum quæritur, 16. ff. de administrat. tutor.* ibi: *Sed se putare posse, tutorem eam conditionem adolescenti deferre, vt quid gesisset tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnoscere, aut à toto recedere; leg. nam absurdum, 7. ff. de bon. libertor. Nam absurdum videtur licere eidem, partim comprobare iuditium defuncti, partim evertere; leg. si ita stipulatio, ff. de oper. libertor. leg. si veritas, 23. Cod. de fideicommiss.* Nouel. 48. de *iure iurand. à morient. præst. cap.* 1. Bald. *in leg. Pedius, lect.* 2. *num.* 4. *ff. de recept. arbitr. & in leg. certi conditio, §. quoniam, num.* 4. *ff. de reb. credit.* Giurb. *decis.* 61. *num.* 21. Ciriac. *tom.* 1. *controu.* 90. *num.* 16. Hodiern. *controu. cap.* 3. *n.* 41. *à & cap.* 15. *n.* 47. D. Olea *de cessione iurium, tit.* 2. *quæst.* 2. *num.* 4. Barbos. *vot.* 76. *n.* 32. *& n.* 116. *& de pensionib. part.* 1. *quæst.* 1. *ex num.* 9. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 17. Gonzal. *ad regul.* 8. *Chancell. glos.* 18. *num.* 76. Frasl. *de Reg. patron. Indiar. tom.* 2. *cap.* 55. *num.* 26.

208 Y en este caso, y hechos tan vnos, que son vndequaque impræscindibles, se limita el brocardico tan vulgar: *Quod vtile per invtile non viciatur, cap. vtile, 39. cap. non debet, de reg. iur. in 6. leg. 2. §. sed mihi, ff. de verbor. obligat.* Porque en las cosas individuas no ay proporcion para atender separadas sus partes, *leg. si libertus, §. si quis plures, ff. de iure patronat.* D. Castill. *controvers. lib.* 5. *cap.* 64. *num.* 27. *& cap.* 10. *num.* 14. D. Solorç. *de iure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 87. Roxas de

in-

incompatibilit. part.4. cap.6. à num. 9. vbi Aguil. cum pluibus.

209 Mas quando los actos, y disposiciones contienne diversos respetos; porque las abrazan distintas, y dividuas vnas de otras, entonces obra la dicha regla, *quod vtile per invtile non vicietur*; y cada capitulo corre la fortuna que prescriven las leyes à su validacion, y se conserva existente sin ofensa de aquella otra parte, en quien se advirtiò defectuoso el acto, y con nulidad forçosa practicado, *vt ex dict. iurib. & leg. si duobus, §. hæres, ff. de legat. 1. leg. certi conditio, 9. §. quoniam, ff. si certum petatur, leg. sancimus, leg. penult. Cod. de donationib.* notant D.Molin. *lib. 1. cap. 21. num. 28. versic. Contraria*, vbi Add. Marinis *allegat. 19. per tot.* Barbos. *de vnivers. iur. Ecclesiast. lib. 1. cap. 3. num. 134.* D.Salgad. *in labyrint. part. 2. cap. 4. num. 44. & de protect. Reg. part. 4. cap. 14. num. 195.* Roxas *dict. part. 4. cap. 6. num. 28.* videndus Aguila *omnium latissimè supr. ex num. 9. per tot. cap.*

210 Por cuyos principios (sin embargo de que las sentencias, y executorias, vt in plurimum, se estiman individuas, *ad text. in leg. in hoc iuditio, ff. famil. hercíscundæ*, cum vulgat. D.Salgad. *de Reg. part. 2. cap. 7. num. 21.*) quando se advierten concebidas por capitulos, y partes separadas, se entiende en cada vno de ellos vna sentencia, y por cada vna se haze juizio, con independencia de las otras, como para estimarla legitima, y justificada, para arbitrarla, ò no, apelable, y para las demàs estimaciones judiciales; de forma, que puede darse su justa existencia en vna parte con la forçosa nulidad, è insubsistencia de otras, puede ser apelable en vn capitulo, aunque por lo respectivo à otro se deniegue la apelacion, & sic de cæteris, porque cada capitulo forma vna sentencia, *leg. Canceria pia, 24. ff. de iure patronat.* ibi: *Placuit nullam esse libertorum divisionem: alimentorum autem divisionem inter hæredes factam, eodem modo ratam esse, leg. quædam mulier, 41. ff. famil. hercíscund. leg. etiam si à patre, §. 1. ff. de minorib. cap. cum tempore, 9. de arbitr.* Giurb. *decis. 101. per tot.* D.Salgad. *de supplicat. ad Sanctiss. part. 2. cap. 19. num. 45. & de protect. Reg. part. 2. cap. 7. à num. 53.*

211 Por lo qual resuelve Rebuff. *in tract. de sentent. provision. art. 3. gloss. 7. num. 6.* que si bien la sentencia sobre salarios no admite apelacion; empero quando en ella se condena con el salario à otra cantidad, ò cosa distinta, que no logra el favor de inapelable, se executa la sentencia en aquel capitulo

que

que contiene la condenacion de el salario, suspendiendola en lo demàs de su conte nido; y lo mismo establecen concordes todos los DD. quando en el remedio sumarissimo de la *ley final*, *Cod. de edict. Divi Adrian. tollend.* se comprehende la restitucion de frutos, que no goza privilegios de executivo, y sumario conocimiento, D. Salgad. *vbi supr. num.* 55. ibi: *Si tamen quis fuerit condemnatus in vna sententia ad salarium, & ad aliam rem: quod in salario exequatur sententia, sed non quoad aliam rem infavorabilem, sed postulantem appellationem: quod nota, quia est elegans doctrina in nostræ opinionis comprobationem.* Et amplius, *num.* 57. ibi: *In quo nec interesse, nec fructus vllo modo veniunt, vt ibi dicemus, sed ad eos via ordinaria agendum est: si tamen lata fuerit sententia cum fructuum conditione, & restitutione, vel interesse; tunc enim non ratione possessionis (dicunt DD.) admittendam esse appellationem, sed rationem fructuum condenatione, & restitutione, vel interesse, recipiendam esse, Doctorum magnus concursus affirmat.*

211 Y porque no falte comprobacion mas en terminos, y en lo especifico de facultades Regias (suponiendo, que estas son dispensaciones, prout docet D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 47. & *lib.* 4. *num.* 26.) hallamos, que estas gracias, y rescriptos de dispensar, existen validos, y justificados en vna parte, aunque en otra se irriten, y anulen con notorios defectos: Estos, y los vicios, que influyeron en algunas de las partes dispensadas, no dañan las otras, que fueron dictadas por diversos respetos, y motivos, y el presumpto defecto de voluntad de el Principe, que defrauda à vnas su valor justo, es estensivo à los separados capitulos, que se pueden preservar indemnes de este influxo perjudicial, *cap. si eo tempore*, 9. *de rescript. in* 6. vbi notant DD. Felin. *in cap. sedes, eodem tit. num.* 1. Abbas *in dict. cap. num.* 5. Ancharr. *cons.* 409. viso diligenter Lancelot. *de attentat. part.* 2. *cap.* 4. *in præfat. à num.* 416. Marescot. *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 18. *ex num.* 47. Pater Dian. *resolut. Moral. tom.* 3. *tract.* 2. *resol.* 84. D. Salgad. *de retent. part.* 2. *cap.* 26. *à num.* 18. Gonç. *in regul.* 8. *Chancell. gloss.* 5. §. 9. *à num.* 57. donde se explica con dos similes deducidos de las matrimoniales dispensaciones, y de los rescriptos ad subrogationem litis, y con tal expresion, que no se puede omitir el referir sus mismas palabras.

213 *Simile est* (dize) *in dispensationis gratia ad validandum matrimonium, nulliter inter coniunctos intra quartum gradum consan-*

 gui-

guinitatis, vel affinitatis, contractum, & ad prolem legitimandam concessa, quia ista gratia continet duo æquæ principaliter mandata; videlicèt de dispensando, vt illi, qui de facto contraxerunt, manerent in matrimonio contracto, & potestati legitimandi prolem. Vndè licèt gratia quo ad matrimonium non posset habere effectum propter supervenientem mortem alicuius ex parentibus: valebit tamen, & debet executioni mandari gratia quo ad legitimationem prolis, etiam in præiuditium venientium ab intestato, vt per cons. Ancharr. 409. viso diligenter, fuit resolutum in vna Tarraconensi illegitimitatis 22. de Octobris 1546. teste Puteo, decis. 483. in cap. Matheus gabella, & postea in vna Siracusana illegitimitatis 19. Octobris 1579. coram S.P.N. Clemente VIII. Tunc Hipolito Aldrobaldin. Rot. Audit. quæ decisio est 207. Domini tenuerunt dispensationem, part. 1. diversor. per tot. Pariter gratia subrogationis gratiosæ continet duo diversa; videlicèt subrogationem quo ad litem, & subrogationem quo ad possessionem defuncti. Quo fit, vt nulla existente lite, licèt cesset subrogatio, quo ad litem ipsam, quia impossibile est aliquid subrogare ad id, quod non est, non impedit tamen aliam partem gratiæ; videlicèt subrogationem quo ad possessionem, &c.

214 Careadas, y cotejadas estas reglas de certeza legal con el hecho verdadero de este pleyto, y advertidas à la luz de estos presupuestos las facultades de Doña Maria, y los Mayorazgos que efectuò por ellas, se vè (como yà hemos con repetidas expresiones exhibido) que en ellas se decretaron dos cosas separadas, y distintas; la vna, incompatibilidad de este Mayorazgo, con el de Velasco, y sus llamamientos de segundogenito; otra, la precisa qualidad de agnacion en los successores. La primera se motivò con representaciones menos veridicas, que la desautorizaron despues en el juizio de tenuta antiguo de el año de 1611. La segunda no participò de estos vicios, y se inspirò de causas ciertas, justificadas, y convenientes al publico interès. Cada vno de estos capitulos per se obra vna concesion, independiente de la otra, con quien no tiene mezcla, ni conexion alguna; pues si en estas providencias decretan los textos de ambos Derechos, y enseñan conformes los Autores todos, que es el acto prescindible, y sus partes, con tal reflexion atendidas, que cada vna existe por sì sola, sin comunicar à la otra sus calidades; si por este principio en todas las disposiciones humanas, y dividuas, se componen, sin embargo, dos efec-

efectos contrarios, y se repara en lo particular de sentencias, facultades, y dispensaciones: por quales reglas de Derecho se podrà negar à estas facultades, que publicadas sus nulidades en lo respectivo à incompatibilidad de estas dos Casas, por los defectos notorios de la preambula narracion, sean validas, y justissimamente permanentes en el concepto de agnacion, que dispensaron con prudente acuerdo, y solemnissimas causas? Si estas se hallan indultadas de aquellos azares, assistidas de la verdad, y justificacion, y lo dividuo de las disposiciones no lo resiste; como se negarà su virtud efectiva con solos los escrupulos, que fueron limitados à otras providencias? Y si la agnacion no se disputò en dicho pleyto de 1611. ni la potestad Regia quedò formalmente desatendida por aquella sentencia: quo iure se puede dudar, que el Condestable tiene en estos instrumentos, tan idemnes privilegios agnaticios, como allanado el embarazo, que le pudiera hazer la incompatibilidad? Y por consequencia precisa, quando fuera sola esta fundacion de Doña Maria, no solo tiene en ella el Condestable llamamiento claro, sin embarazo, ni impedimento alguno, sino que por ella se le debiera, y debe diferir la succession con exclusion de la Duquesa.

215 Demos transito à la revnion, y consonancia que dispuso de estos Mayorazgos el primer Marquès de Berlanga Don Juan de Tobar (que es otra fundacion, por la qual pretende el Condestable, æquæ, & principalitèr con las de Doña Maria, la succession de ellos) y examinado este instrumento en lo que establece, y dispensaron las Regias facultades, se halla que desterrò absolutamente la incompatibilidad apetecida de su madre; y que variando sola la exclusion perpetua de las hembras, y succession de varones agnados, que prescriviò à estos Mayorazgos, suscitò en todo lo demàs de su contenido los llamimientos, y qualidades succesibles, prevenidas de el primero Juan de Tobar en su fundacion de 1442. de forma, que en esta disposicion se revocò la antigua, y primitiva regular, con solo reducir à agnaticios los llamamientos que contenia en personas de vno, y otro sexto; en ella no ay incompatibilidad, ni embarazo que obste al llamamiento literal que en ella tambien manifiesta el Condestable, ni à la succession actual que

por

por ella le toca; ſus preceptos, y gravamenes obligatorios al vſo de las Armas, y Apellido de Tobar, ſon compoſibles con los de Velaſco, ſin violencia de vna, y otra fundacion, como ſe ha juzgado, y ha perſuadido el continuado curſo que han diſcurrido, vnidos en ſolo vn poſſeedor. Eſta nueva forma ſe practicò en fuerça de las Reales facultades que la aſſeguran, y ſe confirmò por otras poſteriores, legitimas, y juſtificadas: es inſtrumento integro, aſsiſtido de la mayor ſolemnidad, y de el qual no ſe conociò en el antiguo pleyto, que motivò la Executoria; la vltima, y mas moderna regla de eſta ſucceſsion, diſpueſta con conocimiento de los primeros Mayorazgos, à fin de concordar ſus contrarias qualidades; luego tiene en ella el Condeſtable, no ſolo llamamiento expreſſo, ſino es con todas las aſsiſtencias de derecho, que le aſſeguran la ſucceſsion de èl.

216 Diràſe (acaſo) que de eſte miſmo inſtrumento ſe ofrece vna virtual incompatibilidad con la Caſa de Velaſco, por la que influye el gravamen de Apellido, y Armas, que intima el Marquès Don Juan de Tobar en ſu revnion à los poſſeedores, con eſtas palabras: *Y con que traygan las Armas, y Apellido, y renombre de Tobar, y no otras, ſi no fuere por via de caſamiento, conforme à lo que dichos ſus podres ordenaron, y diſpuſieron acerca de las Armas, y Apellido.* En cuyas expreſsiones ſe podrà reparar que Don Juan de Tobar quiſo el vſo de eſte Apellido, y ſus Armas ſolas en el poſſeedor con las miſmas preciſsiones que avia ſu madre prevenido eſte precepto. Y por conſequencia no ſeria compatible eſte gravamen con las prevenciones del Mayorazgo de la Caſa de Velaſco, que obliga al poſſeedor à vſar ſolas eſtas Armas, y Apellido, ſin permitirle otras dentro del Eſcudo; porque ſolo le diſpenſa que las pueda traer por orla, quando le preciſaſſe à eſta atencion la calidad de otro Mayorazgo que le pertenezca; con que tanto por lo expreſſamente anotado en eſta eſcriptura ſobre el gravamen de Apellido, y Armas de Tobar, como por la relacion à la formalidad con que le previno Doña Maria, ſe eſcrupulizarà (por ventura) la miſma ineſcuſable incompatibilidad, que aya de obſtar oy à los intentos de el Condeſtable.

217 Y porque ni eſte dèbil embarazo quede conſentido, ni ſin reſpueſta en daño de nueſtras defenſas (preſcindiẽdo

de

de lo que formalmente explica la notada clausula, harto dificil de estender à vna efectiva incompatibilidad) hallarèmos conveniente la satisfaccion en las mismas facultades, que dieron arbitrio à Don Juan de Tobar para estas disposiciones; porque en la primera, que fue dispensada en 1. de Março de 1543. solo se contiene, que abrrogando la exclusion moderna de los cojos, sordos, mudos, y demàs defectuosos, pudiesse poner todos los referidos Mayorazgos, y su succession, en vna regla, y consonancia. *Y que esta sea* (son palabras de la facultad) *segun, y de la forma, y manera que està ordenado, è instituido por el dicho Mayorazgo antiguo de Tobar; por manera que succedan en todos tres Mayorazgos las personas que conforme à dicho Mayorazgo antiguo de Tobar han de succeder en èl, aunque en ellas, y en qualquiera de ellas aya los defectos, è impedimentos, porque estàn excluìdos de los Mayorazgos de Osma, Gandul, y Marchinilla, &c.* La segunda facultad, que se librò al mismo Don Juan de Tobar, en primero de Mayo del mismo año, previene la exclusion de las hembras (antes omitida) y que en todo lo demàs se observe la primera facultad, como en ella se contiene; por manera, que estas dispensaciones no dieron autoridad al Marquès para aumentar clausulas de incompatibilidad à estos Mayorazgos; antes bien (en cierto modo) quitaron la que avia establecido Doña Maria de Tobar su madre, respecto de que sola la exclusion de hembras, y concepto preciso de agnacion, dexaron existente en esta sus disposiciones, arruynandolas en todo lo demàs de su contenido, y renovando la succession prescripta en la primitiva fundacion de Juan de Tobar con sola la limitacion agnaticia en los nuevos llamamientos de varones. Memor. n. 139. f. 59. B.

218 Con esta reflexion à el contexto de las facultades (certissimo en el hecho que resulta de los Autos) cessa, y se excluye de el todo qualquiera reparo que se haga en lo que ordenò Don Juan de Tobar, vltimo fundador, en su revnion, y consonancia; porque la ley de esta disposicion la recibiò de su Magestad en sus facultades, y rescriptos; estos le pusieron margen forçosa à lo que avia de moderar, respectivo de estos Mayorazgos; no tuvo su arbitrio possibilidad de estenderse mas allà de lo que le permitiò el Soberano por sus Decretos; à ellos debiò ceñir con atencion inescusable sus providencias, sin exceder, ni vsurparse facultad para estable-

cer nuevas, y no prevenidas claùsulas, y gravamenes: y todo lo que fuere efecto de esta extension immoderada, està sugeto à vna legal, è inevitable nulidad, *ex defectu potestatis illius, qui disposuit vltra, & contra permissum in facultate Regia; cap. cui de non Sacerdotali, de prebend. in 6. cap. susceptum, de rescript. in 6. cap. 1. §. fin. de fil. presbiter. eod. lib.* vbi communitèr notant DD. D. Molin. *lib. 2. cap. 4. num. 47. & 48.* & ibi Add. alter Molin. *de iust. & iur. tom. 3. disp. 191.* Mier. *de Maiorat. part. 1. quæst. 7. à num. 3.* D. Cast. *tom 6. controu. cap. 121. num. 56. cum seqq.* D. Amaya *in leg. 1. C. de collat. æris. num. fin.* ibi: *Contra tenorem facultatis, & plusquam à facultate concessum est*; D. Joseph de Vela *disert. 38. num. 95.* Hermos. *in leg. 44. tit. 5. part. 5. glos. 3. & 5. per tot.* Noguer. *allegat. 11. num. 126.* D. Salg *in laberynt. part. 2. cap. 4. ex num. 11. & cap. 9. à num. 3. & latè etiam de retent. Bular. part. 1. cap. 22. num. 25. & part. 2. cap. 12. §. vnic. ex num. 5. & sequentib. & cap. 26. num. 82.*

219 Todos los referidos, y otros muchos AA. que citan, reconocen por regla elemental, y sin contradictor, que el posseedor de el Mayorazgo tiene vn dominio en los bienes de la fundacion, suspenso, y sin exercicio, para poder disponer de ellos en manera alguna, ni alterar las reglas de succeder que señalò su fundador; y para qualquiera operacion de novedad, contraria à la cautelada permanencia de estos, le obligan à sufragarse de la facultad Regia, que le suspende el vinculo, y embarazo. La qual, como disposicion de estrecha, y odiosa naturaleza, se debe coartar à lo que expressa, y por lo literal de su contenido medir el acto que se executa para que no se anule en lo que excediere de estas formalidades; pues si las facultades de Don Juan de Tobar no le permiten nuevos gravamenes, que dificulten la concurrencia de este Mayorazgo con los de Velasco; antes virtualmente (como yà diximos) templan la rigurosa incompatibilidad de estas Casas, meditada por su madre, dexando estos Mayorazgos en la aptitud de juntarse, que tenian por sus primitivas fundaciones; como se podrà dudar que si la claùsula exhibida de esta revnion induce la incompatibiladad con la Casa de Velasco, fue excesso de las facultades, absolutamente contrario al concepto de aquellas, y por consequencia, nulo, y de ningun valor, ni efecto para poder obstar en su intento al Condestable?

Re-

220 Reconociò esto necessario el concurso de el poder Regio para lo que dispuso en la exclusion de hembras, y admision de los defectuosos, y le solicitò con acto reflexo, y cuydadosamente premeditado, para seguridad de estas prevenciones: no se le diò, ni le impetrò para incompatibilidad; antes en lo que decretò el Principe, se advierte resistida la de estas dos Casas: luego es nulo todo lo que previno dicho Don Juan de Tobar, contrario à estas concessiones.

221 Empero, porque apurèmos con el vltimo, y mas poderoso convencimiento la ineficacia de estos motivos en favor de los derechos de la Duquesa de Ossuna; supongamos (sin perjuizio de la verdad) que en estas fundaciones, y en las de Doña Maria (por las quales se ha de diferir esta succession, respecto de lo que dexamos fundado) ay vna efectiva, y precisa incompatibilidad con la Casa de Velasco, y que se halla tambien el Condestable (sin lo penoso de aquel litigio) en la quieta possession de los Mayorazgos, que fundò el primer Conde de Haro; adhuc no le puede obstar oy esta incompatibilidad à nuestra parte, porque ni en las fundaciones de Doña Maria, ni en la de revnion de su hijo tiene llamamiento la Duquesa de Ossuna, ni otra hembra alguna; antes bien estàn todas excluidas in perpetuum de aquella succession; de forma, que en ningun caso pueden ser admitidas, aunque en alguno lo son sus hijos, y descendientes varones. Con que suponiendo que el Condestable no pudiera, por la incompatibilidad, tener estos Mayorazgos, no se franquea derecho à la Duquesa, que en ninguna ocurrēcia le puede mejorar, y solo le tendrian aquellos varones agnados de la linea secundogenita, con los quales se valiera el Condestable de eficassimas defensas, en caso que las suscitaràn. Y para con la Duquesa le basta el que alegue vn derecho de tercero, que nada la vtiliza, ni puede dañar al Condestable, quien en lo respectivo à la Duquesa *liberas ædes habet, leg. loci corpus*, 4. §. *competit*, 7. *ff. si servitus vindict. leg. fin. C. de rei vindicat.* Scacia *de Iudic. lib.* 2. *cap.* 7. *cas.* 3. Cancer. *variar. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 16. D. Salg. *in labyr. part.* 1. *cap.* 11. §. *vnic. num.* 51. Carley. *de Iudic. tit.* 1. *disp.* 2. *num.* 847. *cum plurib.*

222 Et in propris terminis incompatibilitatis Maioratus funda, y resuelve Roxas *part.* 7. *cap.* 1. *num.* 28. & 29. que cessa

el

el impedimento de dicha incompatibilidad, quando no ay mas que vno capàz de succeder, conforme à los llamamientos de el Mayorazgo; en cuyos terminos los puede retener ambos, aunque incompatibles, *vt procedit in beneficijs Curatis, in quibus interveniente inopia Clericorum*, puede vno retener dos, *cap. multa, 18. de præbend. leg. 4. tit. 16. part. 1.* ibi: *La quarta es quando los Clerigos son pocos, y no puede aver para cada vna vn Clerigo:* Y por esso dize Rox. ibi: *Ad tertiam limitationem deveniens, quando propter penuriæ Clericorum duas, pluresvè Ecclesias potest vnus habere; idem dicendum est in materiam Maioratuum incompatibilium propter penuriam successorum, quando non nisi vnus remaneret ex familia, ad quem posset devenire, vtriusque Maioratuus, seu Patronatuus incompatibilis successio, quia tunc iste superstes de familia duos, pluresve Maioratus incompatibiles, possidere valet: Iam enim quo ad hunc successorem bona erunt tanquam libera, & alodialia; leg. qui solidum, 78. §. prædium, ff. de legat. 2. leg. pater filium, §. fundum Titianum. ff. de leg. 3.* D. Mol. *de primog. lib. 1. cap. 4. n. 1. & lib. 3. cap. 2. n. 24.* Peregr. *de fideicom. art. 14. num. 49. & art. 52. n. 2.* Cast. *lib. 2. cap. 22. num.* 34. Fusar. *quæst. 551.* & amplius his verbis: *Sed in Maioratibus eadem militat ratio, id est, propter penuriam successorum, si non nisi vnus ex familia supersit, poterit habere duos incompatibiles Maioratus, quia non supersunt ad vnumquemque ex duobus Maioratibus incompatibilibus duo, pluresvè successores, sed tantum vnus supremus ex familia, &c.* videndus Add. Aguil. *num. 13.*

223 La doctrina de Roxas es formalissima para nuestro intento, y Mayorazgo, en que estamos. En el qual litiga, y se halla solo el Condestable, varon agnado, conforme à los llamamientos, sin que de los Autos conste aver otro successor con dicha qualidad; y aunque ad extra se hallassen algunos, tienen (como notamos) omnimoda exclusion, que los ha detenido, para no mostrasse partes; en cuyos terminos milita la razon legal, y doctrina de Roxas, que permite, que vno solo los pueda retener ambos; no obstante dicha incompatibilidad, ac per consequens el Condestable se halla con esta assistencia legal, que le assegura su derecho. Ni se opone lo referido à la voluntad de Doña Maria (que fue la mas zelosa de esta separacion) respecto de que despues de los llamamientos de sus hijos Don Juan, y Don Iñigo, bolviò à buscar el segundogenito de Don Pedro, ibi: *Que en tal caso suceda en el dicho Mayorazgo de Tobar, y bienes de èl, el hijo*

Memor. n. 108. f. 49.

jo

jo segundo varon legitimo, è de legitimo matrimonio nacido, de Don Pedro de Velasco, Conde de Haro, mi hijo, y sus descendientes varones legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, &c. Y esta providencia se halla advertida antes que los llamamientos à los varones de las hijas, y se subsigue de ella permitido el concurso de las dos Casas en el primogenito, quando existe solo este varon agnado, para que teniendo despues pluralidad de hijos varones, los divida en el primero, y segundo, en cuyas lineas se perpetue la succesion. Este parece el concepto de la fundadora; y este se puede verificar en la descendencia de el Condestable, cuya edad se la promete numerosa, y en el interin debe suceder por las preferencias de su sexo, sin embargo de los derechos de la Duquesa, que por el suyo no puede hazer oposicion en este juizio.

224 De forma, que en estas fundaciones solo el Condestable tiene llamamiento por la calidad de varon agnado; su justificacion, y solemnidad, para que sea ley de succeder en este juizio, se halla autorizada con la suprema potestad de el Principe, que dispensò por sus rescriptos, lo que variò la disposicion primera regular de Juan de Tobar, con las causas, y motivos tan justos, y precisos, segun las disposiciones legales, que llevamos presupuestas, que no dexan arbitrio à dudar de su poder. La incompatibilidad con la Casa de Velasco (sobre ser intempestiva) se halla desestimada por la antigua Executoria, y por la vltima, que dà causa à este juizio, con quien ha contestado la observancia, y continua possession, hasta esta vacante, sin que la Executoria antigua vulnerasse los llamamientos agnaticios, que no se disputaron, ni el poder de la soberania, proveniente solo de los defectos notorios que padecieron las facultades de segundogenitura, y qualquier reparo subsanado, por la disposicion vltima de revnion, y consonancia de el Marquès Don Juan de Tobar, que suscitò la succesion antigua, excepto los llamamientos de las hembras; y en quanto al gravamen de Apellido, y Armas, que intimò con demasiada precision, es constante el excesso de las facultades, que no le permitieron semejante extension. Y finalmente, quando fuesse justa la incompatibilidad, no adelanta los derechos de la Duquesa, ni la aprovecha para vencer lo poderoso de su exclusion. Es solo el varon agnado, que litiga, el Condesta-

ble, en quien no obra las mas precisa incompatibilidad; con que parece innegable la justicia que patrocina sus derechos, previstos yà, y aprobados por el Supremo Consejo; en cuya virtud le confiriò la tenuta, por lo que dictan las vltimas fundaciones, igualmente firmes, y validas en este juizio de propriedad, para vencer en èl.

Discurso Tercero.

EN QVE SE DA SATISFACION A LA Executoria de tenuta, que ganò el señor Condesteble Iuan Fernandez de Velasco, num. 54. con el Marquès de Auñon su hermano, que le opusieron al Condestable, nuestra parte, los Duques de Ossuna en el vltimo juizio de tenuta, que se siguiò; y se fundarà, como en aquel juizio no se hizo estimacion de dicha Executoria de el año de mil seiscientos y once, tampoco en este de propriedad le obsta en forma alguna al Condestable.

225 ESnos preciso para discurrir con propiedad en los efectos de esta Executoria, y comprehender los que pueden influir en este pleyto (contrarios à la pretension del Condestable) exponer, con alguna reflexion al pleyto antiguo de donde dimanò, las principales pretẽsiones de las partes que litigaron: la duda formal, que fue assumpto de la disputa, y las razones, y fundamentos legales con que vnos, y otros procuraron acreditar el derecho que defendian; porque sobre el supuesto de el verdadero hecho que precediò à esta determinacion, se puede hazer perfecto juizio de su calidad, discurriendo si tiene, ò no las que se contemplan precisas, para que pueda obstar en este pleyto al Condestable, como excepcion vigorosa de cosa juzgada, ni que aora en este juizio de propiedad pueda adelantar derecho alguno à los Duques, que la buelven à reproducir en èl.

226 En lo qual sus Abogados se complican, y contrarian, respecto de que à vn mismo tiempo, para en este dicho juizio de propiedad, proponen, y dizen no les poder obstar à la parte de los Duques, en cosa alguna la sentencia de tenuta, que el Condestable, nuestra parte, tiene à su favor, ni en fuerça de cosa juzgada (que alegan no poder producirla) ni de otra ventaja alguna, que nos pueda constituir. Y por otra parte

te insisten en dicha Executoria de dicho año de 11. queriendonos hazer gran fundamento en ella, incidiendo en lo que dixo el *text. in leg. evidentèr, ff. de exception. rei iudicat. quæ probat evidentèr esse iniquum proficere exceptionem rei iudicatæ ei, contra quem lata est sententia, vt cum D. Covarr. in regul. possessor, §. 12. num. 4. Tiraquel. Burg. de Paz, Otalor. de nobilitat. & alijs notat noster consocius Otero de pasquis cap. 21. num. 3.* y con mayor razon, y propriedad les podemos dezir el que nuestra vltima sentencia de tenuta es la que manifestò, y declarò con toda evidencia lo resuelto en la del año de 1611. evitando contrariedad en resoluciones de tan Supremo Consejo, que fuera contrario assumpto empeñarse en discurrir otra cosa.

227 Por lo qual, yà en el estado presente, y juizio en que estamos; pues la parte de los Duques, y sus Abogados, nos alegan, y oponen, que nuestra vltima sentencia de tenuta, no influye, ni puede estimarse aver influìdo para èl efecto alguno (à que en el primer discurso se ha satisfecho bastantemente) debieran igualmente escusar, y no añadir à la dilatada molestia de esta causa, el efecto que suponen produxo la Executoria del año de 11. siquidem no se halla, ni se nos puede dàr razon de disparidad, immò potius la que el Condestable tiene à su favor, como obtenida en vista de la primera, y quanto en virtud de ella se alegò en dicho vltimo juizio de tenuta (que es lo mismo que se nos buelve à reproducir) con superable eficacia, quedò yà todo desestimado, lo que menos bien se quiso oponer en contrario por dicha Executoria antigua, *ad cap. suborta de re iudicat. cum similib.* que nos comprueba ser innegable que en dicho vltimo juizio de tenuta nuestra sentencia nos produxo dicho efecto, respecto de la primera; sin perjuizio de lo qual passarè à manifestar lo justificado de vnas, y otras sentencias, y que la del año de 11. no produxo, ni pudo producir el efecto que por la parte de los Duques se quiere inferir de ella.

228 Y porque como resulta de el Memorial, que se ha impresso, en razon de el juizio de tenuta de dicho año de 11. à instancia de los Duques, se ha ido con tanta extension, insertando en èl los repetidos pedimentos de las partes que litigaron en dicho juizio, sin faltar al verdadero hecho, que de vno, y otro resulta, representarè sucintamente lo substancial de dicho juizio.

229 Lo que consta es, que Doña Maria de Tobar hizo la fundacion de segundogenitura, con facultad Real, el año de 1518. y que con otra de el de 1520. regulò los llamamientos de agnacion; y que Don Juan de Tobar, *num.* 41. primer Marquès de Berlanga, posseyò este Mayorazgo por las fundacionas de dicha su madre, con exclusion de Don Pedro Fernandez de Velasco, *num.*40. su hermano primogenito. Y tambien es cierto, que por su muerte lo posseyò, y gozò Don Iñigo Fernandez de Velasco, su hijo, *num.*49. y que viviendo este, y aviendo succedido en la Casa de Velasco por muerte de el Condestable Don Pedro su tio, introduxo en la possession de estos Estados à Don Pedro de Tobar y Velasco, *num.* 56. su hijo segundo, y por su muerte se moviò dicho pleyto de tenuta de el año de 1611. sobre la succession de dicho Estado de Berlanga, y Tobar, entre el señor Condestable Juan Fernandez de Velasco, *num.* 54. y Don Iñigo Sanchez de Tobar su hermano, Marquès de Auñon, *n.* 57. Y no se niega, que à dicho juizio salieron, y se opusieron tambien, assi Don Iñigo Fernandez de Velasco, *num.* 59. Condestable de Haro, hijo primogenito de dicho señor Condestable, como tambien Doña Ana de Velasco su hija, *num.*61. y en su nombre, el Duque de Bergança, y D. Duarte, *num.*66. hijo segundo de dicho Duque de Bergança; y tambien saliò Doña Ana de Tobar, *num.* 64. nieta de dicho señor Condestable. Cuyas demandas, y pedimentos de cada vno de ellos, sus alegatos, y respuestas, se hallan en el Memorial de aora insertos à la letra, aunque en la realidad, para en este juizio de aora, sin substancia, ni fundamento legal, que en si produzcir la extension, y repeticion de dichos pedimentos, respecto de que de vno, y otros, lo que vnicamente se puede representar, y atender, es lo deducido, y resuelto en dicho juizio.

Memor. n. 158. fol. 70

230 En el qual es innegable, que el Marquès Auñon pretendia ser à quien tocava dicha tenuta por la calidad de segundogenito, fundando en la disposicion de dicha Doña Maria de Tobar, de dicho año de 1518. de 8. de Octubre, executada en fuerça de la Real facultad de 14. de Septiembre de el mismo año, que contiene la expressa calidad de segundogenitura, y la perpetua exclusion de el primogenito, que fuesse actual posseedor, ò successor immediato de la Ca-

ſa de Velaſco, con que excluìa la ſuccesſion de el Condeſtable: y eſte, ponderando la forma de ſuccesſion prevenida por Juan de Tobar en la primera, y antigua fundacion de 1442. pretendia, que debiendo ſer eſta la ley de ſucceder, era indiſpenſable ſu derecho, por ſer primogenito, ſin que lo pudieſſe embarazar la fundacion de Doña Maria de Tobar, por el defecto de poteſtad en el Principe, para la conceſsion de eſtas facultades (que es lo que alegò la Duqueſa de Oſſuna en dicho juizio de tenuta) y porque aquella ſe obtuvo con manifieſtos vicios de obrepcion, y ſubrepcion por Doña Maria; pues ſe impetrò con narrativa ſupueſta de notoria incompatibilidad entre las antiguas fundaciones de las dos Caſas de Velaſco, y Tobar, y que no eran compatibles de concurrir vnidas (con juſta cauſa) en vn ſolo poſſeedor. Y como ſe puede vèr, en todo el diſcurſo de dicho pleyto no ſe diſputò, ni controvirtiò por alguna de las partes ſobre la facultad de 17. de Abril de 1520. y la eſcriptura, por virtud de ella otorgada en 7. de Septiembre de aquel año, que regulò la calidad de agnacion, ni ſe tuvo de ella conocimiento, ni la comprehendiò la determinacion, limitada ſolo à la incompatibilidad, y ſegundogenitura controvertida.

231 Eſta aſſercion la comprueba la miſma Executoria, y la parte de la Duqueſa de Oſſuna lo tiene reconocido por ſu alegacion, que hizo en dicho juizio de 1. de Junio de 97. ni pudo verdaderamente ofrecerſe tal diſputa entre dos litigantes, que eran los principales, y conſtitutivos de dicho juizio, y en que ambos concurrian con la repreſentacion, y calidad de varones agnados: con que en eſta parte ninguno podia intentar calidad de prelacion; y conſiguientemente ſe ſubſigue el que no ſe eſtimò, determinò, ni pudo, ſi eſta era, ò no preciſa en el ſucceſſor, ſegun el dictamen de las fundaciones, y controverſia ſobre ellas movida.

232 De lo qual ſe convence evidentemente, que la queſtion que oy ſe quiere excitar en eſte juizio, es nueva, y diſtinta de la que ſe propuſo en el antiguo, fundada en inſtrumentos no deſeſtimados, ni controverridos, y governada por diverſa cauſa de la que alli ſe deduxo, y quedò determinada por dicha Executoria el año de 11. la qual ſolo obra,

y puede obrar cosa juzgada en lo questionado, y expressa-
mente decidido; sin permitir extension, que no contiene
por la rigurosa estrechez de su naturaleza, notada frequente-
mente en los textos, y Autores, *leg. si Iudex, 10. ff. de his, qui*
sunn sui, vel alieni iur. leg. 1. C. si plur. vna sentent. condemnat. leg.
si à te, 9. ff. de except. rei iudic. leg. Divi, 27. ff. de liber. caus. cap.
cum olim de offic. & potest. Iudic. delegat. leg. 48. tit. 18, part. 3.
leg. 20. tit. 4. part. 2. ibi: *E aun dezimos, que por tal Carta como*
esta, no puede juzgar aquel à quien se cometiò, mas homes, ni mas co-
sas que quanto dixere; ex antiquis Socinus, & alij, quos lato ca-
lamo refert D. Covarr. *variar. 3. cap. 5. num. 8. vers. Cæterum,*
Noguer. *allegat. 12. num. 65.* y con mas extension Carlev. *de*
Iudic. tit. 3. disput. 5. num. 2. D. Valenç. *cons. 123. num. 30.* Fon-
tanel. *decis. 98. n. 5.* Gratian. *tom. 4. discept. 694. n. 46.* D. Salg. *de*
Reg. protect. part. 4. cap. 8. num. 47. de todos los quales se de-
duce admitir los efectos de la cosa juzgada, solo en aque-
llo en que literalmente suenan las palabras con que se forma,
y corresponden à lo controvertido por las partes. Y resul-
tando que en dicho juizio no se disputò la agnacion que oy
se questiona, ni aun permitiò capacidad à la disputa la cali-
dad de los litigantes, y no teniendo la Executoria expres-
sion respectiva à esta consideracion, es consiguiente que no
puede obstar à la pretension del Condestable.

233 Cuya doctrina es tan segura en los Autores referi-
dos, que ni aun permiten la congeturable interpretacion de
la mente de el Juez, notat Cancer. *variar. 3. cap. 17. num. 411.*
vbi ex multis asserit sententiam non admittere iudicis coniecturatam
mentem; ni toleran su inteligencia en el mas lato sentido, co-
mo lo asienta el Gratian. *tom. 5. discept. 833. num. 22. ex leg. 1. C.*
si plur. vna sentent. ibi: *Quod ex hoc non venit lata interpretatio in sen-*
tentia, D. Valenç. *cons. 86. n. 51.* ibi: *Adeo Arisæ intelligenda verba*
sententiæ, vt neque trahantur ad intellectum, quem possent habere ex
lata significatione verborum Thesaur. *quæst. forens. 13. n. 1. lib. 1.*

234 Lo qual se confirma con mas seguridad, atendien-
do las precisas identidades, sin cuyo concurso no tiene ope-
racion, que milita solo quando se litiga el mismo derecho,
entre las mismas partes, y por la misma causa, *leg. cum quæritur*
12. cum sequentib. ff. de except. rei iudicat. cap. fin. de exceptionib. in 6.
leg. 24. tit. 2. part. 3. latè D. Castill. *5. controvers. cap. 104. à num. 26.*
Giurb. *decis. 20. à num. 1.* D. Salgad. *de Regia protect. part. 2. cap. 3.*
num.

*num.6.& de retent.part.1.cap.12.num.18.*y faltando alguno de estos requisitos no milita dicha excepcion; porque la variedad de estas circunstancias altera inescusablemente sus efectos, *leg.eadem,14. de except.rei iudicat.leg.si cum vno,22.ff.eodem,* ibi: *Tamen personarum mutatio aliam, atque aliam facit rem; leg.si mater,11.§.si quis iter,ff.eodem,* ibi: *Aliud videri tunc petitum,aliud nunc,atque ideò exceptionem rei iudicatæ cessare.* Cum pluribus D. Salgad. *in labyrint. part.1.cap.4.num.14. in fin. & de supplicat. ad Sanctis.part.2.cap.8.num.12.* Noguer.*alleg.38.num.57.* Escob. *de puritat.part.1.quæst.4.art.2.num.11.*ibi: *Et ita requiruntur omnia simul, & deficiente vno, vis rei corruit iudicatæ.* Pont *cons.49. num.4.*Pegas *resol.forens.cap.4.num.79.*

235 Respecto de lo qual, reconocida la Executoria de el año de 11. y los Autos, y pretensiones de aquel pleyto, y cotejados con los que en este juizio se han hecho, se descubre notoriamēte,no solo el defecto de su identidad,sino que distan con gran diversidad en sus principales circunstancias; porque entonces se disputò la fundacion antigua de Juan de Tobar con el motivo de segundogenitura, è incompatibilidad con el Mayorazgo de Velasco,que contenian las posteriores de Doña Maria de Tobar, y oy es sola la agnacion la que se controvierte: en aquel pleyto litigò el señor Condestable Juan Fernandez de Velasco, con el Marquès de Auñon Don Iñigo su hermano; y en este son las personas distintas, verè, & repræsentativè; pues ninguno de ellos deriva su derecho de el Marquès de Auñon, ni litiga en esta representacion, ni con el mismo derecho. Y no es menos diversa la causa de litigar; porque (si bien en aquel juizio fue el intento de el Marquès acreditar las facultades,y fundaciones de Doña Maria de Tobar, como solicita en este el Condestable) las que davan fundamento à la pretension de el Marquès de Auñon, eran diversas, y de menos apreciable estimacion, que las que oy pondera el Condestable para obtener en su pretension.

236 De forma, que por notoria demonstracion de vnos, y otros Autos se convence diversidad en todos los requisitos, quando debian ser identificos para el efecto de la cosa juzgada,que tanto se pondera por la Duquesa de Ossuna, respecto que no se manifiesta la precisa identidad de dichos litigantes, verè, vel repræsentativè; y ser, como son,

sin

ſin controverſia muy otros los derechos que oy propon en las partes, y las cauſas, y motivos en que los fundã, de los que ſe deduxeron en el pleyto antiguo de la Executoria de dicho año de 11. la qual tiene tan juſtamente impedidos ſus efectos, ſin controverſia de lo prenotado, que (por ſolo eſte fundamento) ſe aſſegura la eſtrañeza con que ſe pondera, como fundamento de la pretenſion de la Duqueſa de Oſſuna: y con mayor razon aora en eſte juizio de propiedad, quando ni en el de ſu tenuta, que diò cauſa à èl, ſe hizo eſtimacion alguna de dicha Executoria antigua.

237 Para poder eximirla de el eſcollo que llevamos propueſto, y que reconocen peligroſo los Abogados de la Duqueſa, forman vn diſcurſo ſobre alguno de los motivos que ſe alegaron en el pleyto antiguo, y le extrahen artificioſamente de todo el contexto de los Autos, como ſi no huviera comprehendido otro alguno el litigio contra el Condeſtable, y Marquès de Auñon, ni ſe deſcubrieſſe en la ſerie de ellos capaz de influir juſtamente el dictamen de los ſeñores Juezes que concurrieron à ſu determinacion.

238 Proponen, pues, que aunque en aquel juizio no ſe diſputò la agnacion, porque teniendo entrambos litigantes eſta calidad, fuera infructifera la diſputa; ſe controvertiò formalmente ſobre la eficacia de las Reales facultades, y alteraciones hechas por Doña Maria de Tobar, en que inſiſtia el Marquès de Auñon, esforçando, para acreditarlas, la poteſtad del Principe, poderoſa para ſu conceſsion en eſta parte, que aſſegurava la firmeza de las alteraciones referidas. Y el Condeſtable negando, que por ellas ſe pudieſſen executar, intervirtiendo la antigua fundacion de Juan de Tobar, y la forma de ſucceder que eſte previno, pretendia que por ellas ſe le debia diferir la ſucceſsion, y que aviendo correſpondido la determinacion executoriada de el Conſejo à eſte intento, con ella ſe puſo fin à la diſputa; dexando ſin credito, ni aprecio las facultades, y alteraciones; eſtimada la antigua primitiva de Juan de Tobar, ſu calidad, y llamamientos regulares, y decidida la queſtion de poteſtad Regia: publicando no ſer poderoſa à mudar lo eſtablecido por los primeros fundadores en ſus diſpoſiciones.

239 Y por lo qual nos dize, el que advirtiendo que el derecho deducido, y que nueſtra parte defiende en eſte juizio

zio de aora, no estriva en otro fundamento que las disposiciones de la Duquesa Doña Maria de Tobar, y sus facultades, aunque la Executoria antigua no determine explicitè, & immediatè la succesion regular de varones, y hembras; implicitè, & virtualitèr la tiene resuelta, debiendose en fuerça de ella succeder por la fundacion primera, que contiene con expresion este concepto. Y en prueba de este discurso se acomulan las reglas, que dàn operacion à la cosa juzgada, no solo en lo que expressa, sino en lo que supone precisa, y virtualmente, *ex leg. ex diverso, 36. §. vbi, ff. de rei vindicat. leg. 1. §. quorum, 4. ff. ad S. C.* Abbas *cons.* 89. & cum alijs Scacia *de appellat. quæst. 17. limit. 6. num. 9.* D. Salg. *de Reg. part. 4. cap. 9. à num. 20. & à n. 116.* Fontanel. *decis.* 442. *num.* 4.

240 A todo lo qual para dar plena satisfaccion, es necessario reparar, y pausar en la inteligencia de la regla, y doctrinas antecedentes; porque aunque es legal, que la sentencia contiene lo que tacita, y precisamente supone, y obra en esto (como lo expressò) sus efectos es solamente quando la necessaria, y precisa interpretacion no permite otra inteligécia, que la de incluìr en sus palabras, como formal, y precisamente determinado el supuesto virtual, y subintelecto, *leg. 1. C. de ordin. cognit. leg. 2. ff. eodem,* Bart. *in leg. Iulianus, 60. ff. de condit. indebit. num.* 50. Menoch. *cons.* 110. *num.* 17. Ciriac. *controversiar. cap.* 47. *num.* 19. ibi: *Non debemus interpretari verba dictæ pronuntiæ, vt Domina Crescedia nollit esse hæres, quia hoc de necessitate non infertur, sed quod adhuc non esset hæres.* Amat. *resolut. 66. num. 8.* D. Valenç. *cons. 86. num.* 52. idem D. Salgad. *vbi supr. num.* 23. his verbis: *Regula est, quod sententia, & omnis dispositio censetur continere illud, sine quo principale non potest stare, quia qui vult consequens, videtur velle suum necessarium antecedens. Signorol. cons: 107. quidam num. 27. Castrens. cons. 275. ad primum in principio, lib. 2. sic sententia continens vnum, extenditur ad aliud, sine quo illud vnum, super quo lata est, effectum sortiri non potest.*

241 Y se subsigue por precisa consideracion, que la cosa juzgada, no obra, sino quando se litiga immediatamente à la misma causa; ni basta à justificar su operacion, que sea mediatè la misma, vt optimè D. Salgad. *de Reg. part. 4. cap. 3. num.* 205. ibi: *Et quia vt obstet rei iudicatæ exceptio, debet concurrere immediatè eadem causa agendi; nec sufficit, quod eadem sit, sed mediatè aliquo, vt per textum in leg. & an eadem, §. qui cum partem, ff.*

de except. rei iudicat. vbi gloss. in 1. solut. & Raphael Cuman. ibi te-
net Petrus Surd. decis. 106. num. fin. fuit enim actum de gravamine,
non immediatè eandem causam proponit. Y es harto dificil en lo que
proponen, y ofrecen los Autos de la Executoria de el año
de 11. calificar, que la causa que diò fomento à aquel liti-
gio, es la misma immediatè que oy se questiona, para que
en èl obste la cosa juzgada, ni aun pueda influir para en este
juizio de propriedad.

242 Y se manifiesta, que la certeza legal de estas con-
sideraciones empeña à los Abogados de la Duquesa (para
persuadir favorable à su intento dicha Executoria) en la obli-
gacion de probar, que el aver mandado dar la tenuta de los
Mayorangos de Tobar, y Berlanga al Condestable Juan Fer-
nandez de Velasco, determinò, que estos eran de regular suc-
cesion en personas de ambos sexos (que es el pleyto de oy), y
que igualmente calificò no aver potestad en el Principe, para
conceder facultades en perjuizio de la antigua fundacion de
Juan de Tobar; y que no pudo ser otro el motivo de aquella
determinacion, ni las clausulas de la sentencia admiten otra
inteligeneia, ni lo resuelto en ella se puede mantener en otro
sentido. Todo lo qual resulta contrario de los Autos anti-
guos, como se demonstrarà con claridad, acordandolos, y
las pretensiones, y alegatos, y fundamentos de las Partes; por
los quales con mayor seguridad se interpreta, y explica el
dudoso concepto de la sentencia, *leg. Prætor, §. si Iudex, ff. de*
re iudicat. Bart. *in leg. si quis ad exhibendum, ff. de except. rei iudi-*
cat. communiter DD. *in leg. 3. Cod. de sentent. quæ sine cert. quan-*
tit. Menoch. *cons. 80. num. 39.* Seraph. *decis. 354. num. 18. tom. 1.*
Garcia *de nobilit. gloss. 6. num. 49.* D. Salgad. *de Reg. protect. part. 4.*
cap. 8. num. 892. & cap. 12. num. 68. Escovar *de purit. part. 2.*
quæst. 4. art. 2. num. 64.

243 El señor Condestable Juan Fernandez de Velasco
en aquel pleyto, como de èl consta, y dexamos referido,
governò su defensa por dos motivos principales; el vno con-
sistiò en negar absolutamente la potestad Real, para variar
la naturaleza de los Mayorazgos antiguos; pero consideran-
do es menos seguro, para obtener (en fuerça de èl solo) fa-
vorable determinacion, recurriò al otro de mayor seguridad,
que le ministraron las facultades, y las causas que se moti-
varon; en las quales hizo constar notoriamente, que las re-
pre-

presentaciones de la Duquesa Doña Maria, para obtenerlas, fueron inciertas, y notadas con manifiestos vicios de obrepcion, y subrepcion, respecto de que se refiriò à su Mageſtad por hecho cierto, y sin controversia, que los Mayorazgos de ambas Casas no podian concurrir en vn solo poseedor vnidos, por la calidad de sus antiguas, y primeras fundaciones; en que se descubria inevitable incompatibilidad, que se intentò persuadir, poniendo diminuta la clausula de Apellido, y Armas de el de Velasco, que fundò el Conde de Haro Don Pedro Fernandez de Velasco.

244 Este fundamento, principal de la defensa del Condestable, se averiguò, en el hecho, con solo exhibir integra la referida clausula de Apellido, y Armas de el Mayorazgo principal de el Conde de Haro, que artificiosamiente se avia cercenado, por facilitar las facultades. Y con igual facilidad constaron otras incertidumbres, como lo testifica D. Valenç. Velazq. *consf*.69. que escriviò en favor del Condestable, *n*.90. his verbis: *Dictæ facultates fuerunt obtentæ falsis, & sinistris relationibus, asserendo in prima, quod Maioratus de Tobar inducebat obligationem deferendi eius Arma in Clipeo, & quod Bernardinus de Velasco, frater maior dicti Comestabilis, decesserat, & etiam illius filij masculi; cũ verùm sit tales filios non suscepisse; dicendo insuper, quod cum bona conscientia non poterant in simul possideri præfati duo Maioratus; cum contrarium sit certum: Asserendo etiam, quod Comes de Haro D. Petrus procuraverat, & diligentias fecerat ad consequendum vtrumque Maioratum; cum de illis non constet.* Concuerda, y testifica lo mismo Pont. *en su consf*.4. (yà citado) *tom*.1. que escriviò tambien por el señor Condestable en el mismo caso.

245 Y bien conocida es en derecho la nulidad manifiesta contra las gracias, ò rescriptos que se conceden, è impetran cõ supuestos menos veridicos, viciados con los defectos de obrepcion, y subrepcion, que los irrita; y la razon se deduce concluyente del text. *in leg*.1.§.*quæsitum*, *ff*.*de appellation*. ibi: *Si enim docuerit, vel falso, vel non ita se habere, quæ scripta sunt; nihil à nobis videtur impetratum*, *cap*.*constitutus*, *de rescript*. ibi: *Et de hoc memoratus P. non fecisset in suis litteris mentionem; intelligendum erat circumvenisse prædecessorem nostrum*; *cap*.*ad aures*, *cap*.*ad audientiam eodem*. *Clement*.1.*de præbend*.*leg*.36.*tit*.18.*part*.3. ibi: *Que si carta fuere ganada, diziendo mentira, y encubriendo verdad, que non de-*

be

be valer; tradunt DD. *in dict. Clement.* 1. D. Roderic. Suarez *alleg.* 13. *num.* 1. D. Covarr. *variar.* 1. *cap.* 20. D. Larr. *allegat.* 91. *per tot.* D. Salgad. *in labyrint. part.* 1. *cap.* 31. *à num.* 18. & *de supplic. part.* 2. *cap.* 31. *à num.* 28. con otros muchos, que refieren, y explican latamente todas las singularidades de esta doctrina, en que no me detengo, por escusar molestia, y ser proposicion æternæ veritatis, en el sentir de todos los AA.

246 Juzgòse, pues, por estos motivos, y saliò sentencia favorable à la pretension de dicho señor Condestable, pues le mandò dàr la tenuta de este Mayorazgo, y sus subrogados; pero no expressò la ineficacia de las facultades, ni el defecto de la Regia potestad en su expedicion; antes bien pudo componerse esta executoriada deliberacion con la validacion, y existencia de aquellas, en lo respectivo à la disputa de potestad: y en lo que là literal inteligencia de los Autos persuade sin violencia, no fue otro el concepto de los señores Juezes que la profirieron; porque reconociendo los reparables defectos de las facultades, que por si les influìan nulidad insanable, y à las disposiciones, que (precediendo ellas) se executaron, era ociosa fatiga de el ingenio empeñarse en la question de potestad de el Principe (tan lubrica, y dificil) quando la mas favorable resolucion en ella, no podia sufragar con el mas leve fomento las facultades que pretendia acreditar el Marquès de Auñon en aquel pleyto, en el qual mas quedò omitida, como infructuosa, que como precisa executoriada, *leg. quod si diem*, §. *si rationem*, ibi: *Si rationem compensationis Iudex non habuerit, salva manet petitio; nec enim rei iudicatæ exceptio obijci potest; aliud erit si reprobaverit compensationem, quasi non existente debito*, *ff. de compensationib. leg. in rebus*, 18. §. *fin. ff. commodat. leg. si autem*, 8. §. 2. *ff. de negoc. gest.* Bart. & DD. *in leg.* 1. *Cod. si adversus rem iudicat.* Garc. *de nobilitat. glos.* 11. *num.* 34. Gregor. Lopez *in leg. fin. tit.* 8. *part.* 3. optimè D. Salg. *de Regia, part.* 4. *cap.* 8. *num.* 52. his verbis: *Et hinc est, quod quando contra plures conventos, & citatos, cum quibus lis agitata est, à singulis aliquid petitur proportione, si Iudex contra aliquos pronuntiavit, & contra aliquos non; minimè intelliguntur non expressè nominati absoluti, nec etiam condemnati, sed omissi tantum. Et ideò iterum poterit Iudex pronunciare super illorũ causis, eos absolvendo, vel condemnando: iterum autem sententia illis non officit, nec valet contra illos, tanquam non condemnatos, nec comprehensos, exequi. Ita probant Bart. & alij in leg.* 1.

Cod.

Cod. si adversus rem iudicatam. Abbas, & Felinus in cap. cum iter, de re iudicat. Thusc. tom. 8. litter. S. conclus. 126. num. 86. qui etiam ibidem num. 85. pariter ad propositum dixit, quòd sententia condemnatoria lata super vna re ex pluribus petitis; non infertur cæterarum absolutio, nec condennatio, sed omisso. Idem probat Menoch. in cons. 110. num. 62. Bald. in leg. 4. C. de posit. idem dicunt Immol. Ant. de Butr. & Felin. in cap. exceptionem, de except. Iuan. Garc. de expens. cap. 6. sub n. 17. quidquid etiam in condemnatione non est expressum, censetur omissum, vt dcit Decius cons. 442. num. 8. & cons. 7. Ossasco decis. Pedemont. 64. num. 2. Escob. de ratioc. cap. 23. sub num. 19. & de except. opposit. super qua est actum; sed non condemnatum mentio fit eius sententia, vt censeatur omissa, quando cum ea compatitur; est textus, &c.

247 Lo mismo funda Capon. *tom. 13. disp. 205. cap. 2. num. 6.* hablando de todas las disposiciones, negandolas en lo legal su virtud, y operacion, quando omitieron prevenir el caso, à que (con extension) se intentan atraher, *ex n. 10.* ibi: *Quæ conclusio, vt casus omissus habeatur pro omisso regularitèr, & remaneat in dispositione iuris communis, procedit in dispositionibus vltimarum voluntatum, in contractibus, & omibus quibuscumque materijs, & sic in legibus, in rescriptis, in concessionibus, in consuetudinibus, in senteniijs, statutis, &c.* y trae en su prueba vna coluna de AA. videndus etiam D. Valenç. *cons. 86. n. 48.* Grat. *tom. 5. discept. 833. à num. 24.* cum plurib. D. Cast. *contron. 6. cap. 135. à num. 16.* Noguerol *allegat. 27. num. 59. & expressè allegat. 12.*

248 Justificase con mas precission lo que và dicho, atendida la calidad que contemplan los DD. en la sentencia, y cosa juzgada; porque (suponiendo que el motivo, y causa final de lo que determina, ex ipsis actis elicienda est, como queda fundado) passan à discurrir ser yà la mas legal, y justificada, la que se descubre autorizada de mas seguros fundamentos, y la que por ellos persuade con mayor credito de justo el acierto de la determinacion difinitiva, que se debe siempre estimar por los terminos mas conformes à la disposicion de derecho, en proporcion que lo resuelto sea mas compatible con lo que se debiò justamente difinir, atendido à que el motivo proximo que lo pareciò influir con mayor eficacia, Bald. *in leg. 1. C. de fals. caus. adiect. legat.* D. Covarr. *variar. 1. cap. 20. num. 2.* vbi Faria cum multis *n. 31.* D. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 5. num. 15.* Gutierr. *Canonic.*

 lib.

lib. 2. quæst. 15. à num. 1. Cast. *5. controu. cap. 172. ex num. 4. vbi quod causa quanto est proximior, tanto magis influit, & causat supra causatum, vnde Iurisconsulti proximam cuiusque rei causam potissimè attendunt, leg. cum de hoc, ff. de exception. rei iudicat. & causam proximam attendi, non autem remotam, frequentissimè interpretes nostri admonuerunt,* D. Solorç. *de iure Indiar. lib. 2. cap. 8. n. 82.* D. Olea *de cession. iurium, tit. 2. quæst. 7. num. 2.* Rox. *de incompatibilit. part. 5. cap. 6. à num. 74.*

249 Y muy à nuestro intento lo manifiesta D. Valenç. *cons. 187. à num. 85. ex cap. semper, de sentent. & re iudicata, cap. res iudicat. de reg. iur. in 6. & cons. 90. ex num.* 48. ibi: *Et quia probato contrario, vt probavit ille nobilis vir, credendum est, id* pro *vero habuisse dictas sententias, nam sententia in dubio lata censetur ex causis, quæ iustè, & verè apparent ex actis. Alexand. cons. 66. n. 2. lib. 5. & cons. 182. num. 2. lib. 6. & cons. 93. n. 8. lib. 7. Cravet. cons. 202. n. 17. Cornio cons. 319. n. 6. lib. 3. & ex quia debuit proferri iuxta notata in leg. si quis ad exhibendum, ff. de except. rei iudic. Paul. de Cast. cons. 136. column. fin. num. 1. Cravet. cons. 23. num. 2. & cons. 74. num. 9. cons. 188. num. 8. lib. 1. & cons. 203. num. 18. Rot. Rom. decis. 112. num. 2. part. 2. divers. Hondedeo cons. 21. num. 45. tom. 2. & per consequens iuxte lata, leg. Herenius, §. Gaia, ff. de evict. &c.* Y que las sentencias se deban entender en el sentido mas justificado, y motivada de la causa, que de los Autos resulta mas eficàz, y verdadera, fundamental, y conforme à Derecho, lo fundan Ciriac. *tom. 4. controvers. 665. num. 2. & 2. tom. controvers. 367. num. 28.* Menoch. *dict. cons. 110. num. 8.* Font. *decis. 342. num. 4. & decis. 315. num. 14.* D. Salgad. *de Reg. protect. part. 4. cap. 12. à num. 62.* Luca *decis. Sicil. num. 61.* Gregor. XV. *decis. 74. num. 7. & decis. 176. num. 7.* Y conduce, que la sentencia, como la ley, y qualquiera otra decision, se debe entender en el sentido mas probable, refert Garcia *de nobilit. in initio num. 3.*

250 En el conflicto, pues, de los dos insinuados fundamentos, de los quales se ha de deducir el motivo principal de la Executoria de el año de 11. (por las señas que advierten los AA. referidos, y otros) es preciso congeturar, que los vicios de obrepcion, y subrepcion, propuestos por el señor Condestable Juan Fernandez de Velasco, contra las facultades Reales de la Duquesa Doña Maria, fueron los que influyeron la resolucion principalmente; pues comproba-

dos

dos con evidencia en el hecho, y en el derecho poderosos à inhabilitar dichas facultades, y anularlas, con segura, y autorizada eficacia descubren la causa de la sentencia, debiendose estimar justificada; cuya calidad no fuera tan segura, influìda de el defecto de la potestad Real, à que se oponen los mas seguros fundamentos de Derecho. Y quando admitamos (sin perjuizio de la verdad) lo dudoso de esta disputa: quien negarà en los vicios de obrepcion, y subrepcion, que franquean mas derecho, y espacioso camino, para conocer el influxo de la Executoria, que la escabrosa senda que ofrece la disputa de potestad Regia? Dificultosa, llena de obscuridades, y (en favor de las facultades, y alteraciones) tan recomẽdada de juridicos sufragios, que dexo mostrados en el segundo Discurso de este Informe. Y querer persuadir los Abogados de la Duquesa de Ossuna, que los señores Juezes (dexando aquel camino real, y seguro à la direccion de lo executoriado) se governaron por el defecto de potestad, que estimaron en el Principe para estas alteraciones; quando este no se admite en lo legal (y por lo menos) es tan dudoso, è inaccessible, que tiene violencia en lo razonable, è inverosimilitud opuesta à las reglas que señala el Derecho; y la razon: *Vndè propter videbatur, ex huiusmodi tam levi præsumptione incerta nullatenus inferri posse, ad inducendam rem iudicatàm.* Palabras de que vsa el señor Cardenal de Luca en vn caso muy parecido al nuestro, *de preheminent. discurs.* 4. *n.* 7. Y mejor, y muy al caso el *cap. iudicantem*, 30. *quæst.* 5. *& eius gloss.* quæ dicit: *Iudex in iudicando teneat certum, & dimitat incertum, quia pro incertis, à certis recedendum non est, nec in re dubia, certa danda sententia*, que exorna Juan Francisco Ponte *cons.* 3. *tom.* 2. *à num.* 154. debiendose creer, que los señores Juezes trabajan por encontrar la verdad, por aquel medio que se les ofrece con mas certeza, y seguridad.

251 *Accedit etiam*, para nuestro desempeño, y deberse entender dicha Executoria en el modo propuesto, otra regla legal, con que se interpreta en fuerça de su estrechissima, y odiosa naturaleza; por la qual las leyes moderan sus efectos, limitandolos à aquello, que señala con claridad; y en este caso, admitiendo, y interpretando su contenido en la significacion menos favorable, à el que le propone por fundamento de su intencion; de suerte, que me-

nos

nos grave à la parte contra quien se dirige, estimando sus defensas con tal extension, que en duda siempre se ha de entender, que no obsta la cosa juzgada al reo, ni le pare otro perjuizio, ni vulnere su accion, y derecho, Bart. *in leg. Iulianus, ff. de condit. indebit.* Menoch. *cons.* 214. *à num.* 88. *&* *cons.* 307. *numer.* 65. Ciriac. *controu.* 2. *cap.* 267. *à num.* 25. *& tom.* 4. *controuers.* 665. *num.* 3. Noguer. *alleg.* 27. *num.* 52. D. Valenç. *cons.* 162. *num.* 36. his verbis: *Nam vltra quod præsumitur, quod dictæ sententiæ fuerunt prolatæ ex causa, quæ minus gravare, & nocere poterat; aut quia nobiles non probaverunt, sibi incumbentia, &c.* Et amplius, ibi: *Et, quod ex eo in dubio, respectu dicti status, est iudicandum contra prætensam rem iudicatam.*

252 Es terminante Barbos. *lib.* 3. *vot.* 126. *num.* 333. ibi: *Sententia quomodo in dubio interpretanda? Respond. Interpretandam esse in favorem condemnati, vt minus noceat, per leg. hæc enim causæ, ff. de suspect. tutor. Alexand. cons.* 46. *num.* 6. *lib.* 1. *& cons.* 174. *num.* 2. *lib.* 2. *Menoch. cons.* 100. *num.* 34. *lib.* 2. *Cravet. cons.* 74. *num.* 10. *Mandel. Abb. cons.* 132. *num.* 10. *lib.* 2. *Beral. decis.* 148. *num.* 5. *par.* 3. *& in dubio iudicandum est, non obstare rei iudicatæ exceptionem, gloss. verb. Restituatur, in fin. in leg. qui restituere, ff. de rei vindicat. Scacia de appellat. quæst.* 178. *num.* *cum seqq. & fortius, quando opponitur contra personas, quæ non fuerunt in lite. Menoch. cons.* 501. *n.* 14. *Mier. de maiorat. part.* 4. *q.* 14. *n.* 11. *quia sententia stricti iuris est, & strictè venit interpretanda.*

253 Es, pues, muy conforme à estos juridicos presupuestos, que la Executoria notada de dicho año de 11. solo decidiò la insubsistencia de la Real facultad de 14. de Septiembre de 1518. por los vicios de incierta relacion, con que se motivò, y la disposicion subsiguiente à ella de 8. de Octubre de el mismo año; sin que se pueda entender calificado en ella el defecto de potestad Regia, como en contrario se publica; porque las seguras señales de interpretarla resisten (por lo que se ha fundado) semejante inteligencia. Pero pongamonos en los terminos mas estrechos, que idean los Abogados de la Duquesa, y supongamos que ambos fundamentos pudieron motivar la determinaciõ; y consideremos mas, que alguno de los señores Juezes le pudo hazer mas fuerça el defecto de potestad, que la incierta narracion, con que se ganò la referida facultad: se podrà negar (aun en este supuesto) que pudo tambien mover con mayor recomendacion

los

los mismos animos la evidencia de la obrepcion, y subrepcion de la disputada facultad, para què por ella se regulasse la sentencia? No creemos que se puede dudar con razonable pretexto esta probabilidad, y que la confessarà sin violencia el que atienda con mas passion la Executoria. Pues, aun en este caso, no puede perjudicar su contenido à la pretension de el Condestable, ni obstarle, ni ofenderle en cosa alguna.

254 Cuya assercion proviene legalmente de lo discurrido hasta aqui; porque la estrechez de la cosa juzgada, la necessidad de probar las tres identidades, el que la opone, y las demàs consideraciones ponderadas, persuaden, que en diversidad de razon, y quando legalmente se puede admitir en sentido que no perjudique, porque se pudo governar por otras causas, no es eficaz su operacion; *ex leg. & an eadem*, 14. *ff. de except. rei iudicat.* signanter D. Larrea *decis.* 47. *num.* 51. ibi: *Est quidem adeo pro clivis hominum ad dissentiendum facilitas, leg. item si vnus*, 29. *§. principaliter, ff. de recept. arbitr. Gratian. tom.* 4. *discept.* 721. *num.* 19. *Leo decis. Valent.* 20. *num.* 38. *D. Solorçan. de iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 25. *num.* 51. *vt non magis eorum sententijs, quam vera iurisprudentia fulciri debeamus. Quis enim percaluit rationem, qua in eis casibus Senatores ducerentur, vt alimenta decernerent. Aut quis affirmavit hunc casum aliquibus circunstantijs, ab alijs non differre? Cum quoties alia ratio movere potuit; exceptio rei iudicatæ non producatur; vt notatur in leg. cum quæritur, ff. de except. rei iudicat. leg. quod in diem, §. si rationem, vbi Paulo de Castr. ff. de compensat. Surd. decis.* 260. *num.* 31.

255 Resuelve lo mismo con no menor expression D. Crespi *observat.* 88. *num.* 5. his verbis: *Deinde personarum, & causæ, quarum altera si deficiat alia res erit, inquit Paulus in leg. cum quæritur*, 12. *ff. de except. rei iudicat. & licèt sufficiat identitas interprætativa; nec vera necessaria est, vt communitèr docent Iuterpretes; dummodo sit eadem causa vincendi; at dum id dubitari potest, semper ea interprætatione sententia donanda est, vt minus noceat, quam possibile sit; Decius cons.* 43. *num.* 3. *& contra eum explicanda, qui in ea se fundat.*

256 Y mas formalmente D. Paz *de tenut. cap.* 11. *ex n.* 26. ibi: *Ex alia enim causa sequæstrum venire potuit, leg. equisimum, ff. de vsufruct. cum similib., & sic succedit regula ea; nempè, vt quando causa non sit expressa, & alia reddi potest; nunquam concludit illa, in*

qua actor fundatur; Sententia enim pluribus semper rationibus nititur, leg. præcipimus ad finem, Cod. de appellat. glos. in leg. quamvis, Cod. de fideicomm. Tiraq. plures recensens in tract. de caus. num. 1. Molin. lib. 3. cap. 5. num. 25. sententia itaque semper interpretatur con producentem; optimè præter alios Cephal. cons. 249. ex num. 18. lib. 2. & satis probatur ex decissione legis in textu hæ enim causæ, ff. de suspect. tutor. ex qua sententia præsumitur lata ex causa, quæ minus noceat ei, adversus quem lata est; prosequitur Alexand. cons. 46. num. 2. lib. 5. Cravet. cons. 74. num. 10. Decius cons. 48. num. 3. La missma doctrina sigue D. Molin. *dict. cap. 5. num. 28.* como indubitada en qualquiera disposicion, refiriendo vna coluna de AA. que la subscriben, ibi: *Quibus adijcitur, quod siquis contendit in aliqua dispositione, solam vnam rationem potuisse intervenire; illud præcissè probare debet; alias namque plures rationes intervenisse, præsumendum erit*; y le sigue D. Lara *de Capell. cap. 30. num. 83.* y en los precisos terminos de sentencia, que se profirió por cierta causa, que no sufraga al que litiga por otra distinta (aun siendo tanto admitidos con mayor estension los efectos favorables) lo resuelve Escov. *de puritat. quæst. 4. art. 2. n. 65.* ibi: *An iubare se posit ex illo actu positivo? Et videtur quod non, cum res iudicata locum non habeat in qualitate, circa quam specialiter lata non fuit; aut quæ exactis non constat, cuius identitas specialitèr probari debet, &c.*

257 Y siempre que se halla equivoco el sentido de la Executoria, y que legalmente, y sin violencia se puede entender por otra causa de la que se pondera, presta debilissimos sus efectos, y sin eficacia; porque, como debe concluir per necessè el intento à que se dirige (por su calidad poco favorable) basta qualquiera probable ambiguedad à desacreditarla, docet Bald. *in leg. 2. vers. Tertium, ff. quibus res iudicat. non nocet*, Decius *cons. 445. num. 39.* Paul. de Castro *in leg. quod in diem, §. fin. ff. de compensat.* Felin. *in cap. suborta, 21. num. 3. & cap. de re iudicat.* Cardin. Thusc. *litt. R. conclus. 268.*

258 Y todos los DD. que acordamos antes (discurriendo en el concurso de las tres identidades) conspiran à la certeza de esta doctrina, que excluye todo el fundamento de la Executoria; pues no comprehendiendo expressivas sus palabras, la question precisa de este pleyto, en el defecto de potestad Real, que se pondera en contrario, de que causativè quedò determinada, y no teniendo la parte que la produ-

duce, medio para calificar, que se governò solamente por este motivo, quando los Autos franquean mas justificada, cierta, y fundamental causa, que la moviesse, queda descubierta la estrañeza con que se trae la Executoria, y su ineficacia de ella en este juizio, y en el de la vltima tenuta, en que se presentaron otras Reales facultades, que no fueron disputadas en el antiguo, y primero de dicho año de 611. las quales ha producido el Condestable validas, y legitimas, impetradas con motivos de tanta certeza, que no pueden flaquear àzia los vicios de obrepcion, y subrepcion, que hizeron sospechosas las primeras, y estotras tales, que la parte de la Duquesa no las opone otro defecto, que el de la Regia, y Suprema potestad de el Principe, de que no pudo concederlas para las alteraciones de el antiguo Mayorazgo, y novedad introducida contra sus llamamientos regulares.

259 Hemos propuesto, que las facultades, y disposiciones de que oy se vale el Condestable, son diversas de las que dieron motivo à dicho pleyto de el año de 11. y otras que contienen los vicios de las primeras, que por esta seguridad, y firmeza à lo discurrido en exclusion de la Executoria con dichas circunstancias. Y tiene esta verdad recomendacion segura, por lo que informan los Autos del mismo juizio, en que se ajusta, que la Duquesa D. Maria hizo la disposicion de segundogenitura de 8. de Octubre de 1518. en virtud de la facultad de 14. de Septiembre de el mismo año, la qual fue la disputada, y convencida de incierta su narrativa, en las causas q̃ se expressaron para obtenerla; y solo se estendiò à la incompatibilidad, sin variar en nada los llamamiẽtos regulares. Despues considerando la Duquesa, que los llamamientos de agnacion eran mas convenientes à la conservacion, y memoria de su Casa, y motivando esta causa solicitò, junto con D. Juan su hijo, confirmacion de la disposicion antecedente, y nueva facultad para llamar à la succesion varones agnados, excluyendo las hembras, y sus descendientes; y la consiguiò en 17. de Abril de 1520. en cuya virtud, è insertandola, executò la disposicion agnaticia de 7. de Septiembre del mismo año, que es la pretendida establecer por el Condestable, junto con la revnion, y consonancia que otorgò el referido Don Juan en 31. de Octubre de 1545. que contiene

Mem. n. 66. fol. 33.

Mem. n. 59. fol. 27.

Mem. num 103. f. 43.

Mem. num 106. f. 48.

Mem. num 143. f. 62.

ne el mismo concepto, afiançado de facultades Reales, que ganò para este fin, autorizadas, y recomendables por todas sus circunstancias, las quales no se disputaron en aquel pleyto, ni pudieron quedar sujetas à la determinacion.

Mem.num 136.f.58. y n. 141. fol. 60.

260 No la primera agnaticia de Doña Maria; pues aunque de el Memorial ajustado antiguo se arguye que estuvo presente (de que se quiere inferir, y hazer fundamento para persuadirla reprobada por la regla de el capitulo subor-ta de sentent. & re iudicat.) es de advertir, que se deduxo solo en quanto era confirmatoria de la primera, en razon de dicha segundogenitura, sin especular el aditamiento de la agnacion; ni sobre esto huvo disputa, ni formal conocimiento de causa, como repetidas vezes dexamos recordado. Y era precisa, y necessaria esta formal controversia, y seguro esfuerço, para entender reprobado el instrumento, sin que baste averle producido para aquel fin, como lo funda el señor Salgad. *de supplicat. ad Sanctiss. part. 1. cap. 12. num. 5.* his verbis: *Contrariam tamen sententiam, & opinionem, semper de iure verissimam dixi, & non semel consului; imò hoc vtens remedio retentionis in vna causa, & sucumbens in ea, posit libere ex alia, tunc existente (& etiam si simul deducta fuisset, non tamen prosequta, nec de ea principalitèr cognitum, nec agitatum) iterum ad Senatum recurrere pro litterarum retentione; ita vt neque ei obstet rei iudicatæ exceptio super causa sola specialitèr prosequta, prout pluries determinasse Rotam reperio; vt per Seraph. in decis. 630. num. 5.* ibi: *Nec obstat, quod à Principe intentatum fuerit remedium quorum bonorum, & in eo succubuerit; quia (vt dictum est) omne ius censetur deductum à principio, nec prosequtio ex vno capite tollit aliud;* Mier. *de Maiorat. part. 4. quæst. 14. num. 11.* Noguer. *dict. alleg. 27. num. 49.* Cast. *controvers. 6. cap. 157. num. 29.* y otros, que refiere, admitiendo la proporsicion por limitacion segura de el *cap. subort.*

261 Ademàs, que la division de dicho texto se entiende comunmente en aquellos instrumentos, probança, ò papeles, cuyo contenido repugna con opinion formal à la cosa juzgada; y entonces, como no compatibles en ella, se estiman reprobados; pero pudiendo ser compatibles con la determinacion, aunque sea contraria à su contexto, quedan intactos, è ilesos para poderse producir con seguridad en otro qualquier juizio, vt doctissimè fundat D. Salg. *in labyrint. part. 3. cap. 1. §. vnic. à num. 51. & 52.* ibi: *Cui responde-*

tur

tur, propositionem in se verissimam esse, non tamen adaptabilem casui nostro. Non etenim omnia instrumenta indistintè censentur reprobatam per rem iudicatam; sed ea dumtaxat, quæ directè, & exdiametro repugnant sententiæ, & eius effectui opponuntur. Tunc enim instrumenti fides destructa est; quia illud, & sententia simul stare non possunt, secus verò, quando sententiæ, & eius effectus concurrere possunt cum instrumento, adversus quod sententia lata fuit; tunc enim in tancta, & illesa remanet eius fides, leg. si Iudex 10. *ff. de his, qui sunt sui, vel alieni iuris, leg. si quis à libertis, §. si vel parens,* 8. *& §. solent.* 18. *de liber. agnoscend. leg. sancimus,* 27. *C. de testament. cap. cum renuntiatur,* 32. *quæst.* 1. *& cum D. Paz, & alijs Escobar de purit. part.* 1. *quæst.* 13. §. 3. *ex num.* 43. sequitur novissimè Pareja *de instrument. edict. tit.* 1. *resolut.* 2. *num. fin. & tom.* 2. *tit.* 7. *resolut.* 10. *num.* 22. y que se pueda componer la validacion de las facultades controvertidas, y especialmente la que en contrario se nos pondera, con la Excutoria, y sus efectos, lo dexamos demostrado con evidencia en lo antes discurrido, y fundado. Y se puede con raz on dezir, y afirmar, que no versamos en los terminos de el referido *cap. suborta.*

262 Menos pudo dicha Executoria debilitar la segunda escriptura de revnion, y consonancia, otorgada por Don Juan; porque de esta no se tuvo noticia en aquel pleyto, ni se exhibiò, ni presentò por ninguno de los litigantes, que la omitieron, ò ignoraron absolutamente. Y no aviendo precedido formal conocimiento de su contenido, ni aun remota noticia de su existencia, mal se podrà asseverar que la comprehendiò la Executoria, reprobandola, como contraria à su contexto.

263 Antes bien de esta consideracion se descubre otro medio de defensa por nuestra parte, capàz à excluìr los efectos de la Executoria (quando voluntariamente confessaramos que podia obstar con propriedad en este juizio) y consiste en la calidad de este instrumento substancialmente provechoso al derecho de el Condestable, por lo que influye à la validacion de las facultades, y justo exercicio de la Regia potestad en concederlas (como se fundò en su lugar) y tan relevante, que si se tuviera presente en disputa que huviera sido formal de potestad Real, y valor de facultades, se debiera creer que inclinasse con legal influencia el animo de los

ſeñores Juezes à decretar con ſeguridad ſu permanencia. Y ſe ſubſigue conſiguientemente, que el no averla preſentado, ni deducido en el pleyto, cauſaria vna evidente indefenſion de las nuevas diſpoſiciones, ponderoſas en las diſpoſiciones legales à enerbar la coſa juzgada; maximè en la ſugeta materia de Mayorazgos, *leg. ſi ſervus plurium*, 50. §.2. *ff. de leg.* 1. ibi: *Vel minus benè defendit cauſam, non ſe exonerat exemplo eius, qui colluſoriè de hæreditate litigavit, leg.* 1. §.34. *ff. ad S.C. Silan. l.*3. *ff. ad exhibend.* D. Molin. *lib.*4. *cap.*8. *n.*9. alter Molin. *de iuſt. & iur. tract.*2. *diſput.*647. *n.*5. D. Valenç. *conſ.*60. *n.*64. cum alijs congeſt. per Faria Add. Covarr. *pract. cap.*13. *num.* 25. los quales fundan que la ſentencia, ò excutoria dada contra el poſſeedor de el Mayorazgo, no obſta à los ſucceſſores, quando aquel litigò con deſcuydo, y omiſsion.

264 Y es tan firme eſta propoſicion, que la admiten, y ſiguen los AA. ſin conſiderarla vulnerada en la riguroſa deciſsion de las *leyes* 4. *y* 11. *tit.* 17. *lib.* 4. *Recopilat.* en que cerrando la puerta à todo recurſo contra las ſentencias executoriadas, y prohibiendo abſolutamente los remedios de reſtitucion, nulidad, ò apelacion, no obſtante la eſtrechez, queda capacidad à la indefenſion, notat D. Amaya *in leg. vnic. C. de ſentent. adverſ. fiſcum latis, non retractand. num.* 20. ibi: *Ita etiam procedit praxis hodierna, cum ſucceſſor in Maioratu adverſus ſententiam remiſsionis latam contra anteceſſorem allegat non fuiſſe plenè defenſam, ex leg. ſi per eluſſoria, leg. ſi ſervus plurium,* 53. §.1. *ff. de legat.* 1. *cum vulgat. & adduct. à Molin. lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 7. *& ſequentib. vt Add. num.* 7. *Caſt. tom.* 6. *cap.* 151. *num.* 17. *Tunc enim non per viam reſtitutionis, aut nullitatis ſubintrat; ſed dicens, ſententiam remiſsionis ſibi non nocere, neque præiudicare, & ſic quotidiè vidimus hoc colore plures ſententias reſcindi; etiam ſtante dict. leg. de Valladolid, ann.* 1615. *quæ non reſcinderetur præter hæ reſtitutionis, vel nullitatis. Videndi Add. ad Molin. in calcul. operis, num.* 18. *&* 19.

265 Y bien conocido, y admitido es por los AA. que diſcurren los medios de calificar la indefenſion, ſer los mas ciertos, y notorios, los que reſultan de averſe omitido defenſas principales, ò eſcuſado preſentar inſtrumentos, que eran favorables à el intento, de quien experimentò contraria la determinacion, D. Molin. *ſupr.* Mier. *de maiorat. part.* 4. *quæſt.* 14. *num.* 79. quem refert, & ſequitur Caſtill. *dict. cap.* 157. *num.*

num. 26. his verbis: *In qua materia est advertendum ad vnum rarum, & singulare, quod ille, qui non producit scripturas necessarias, & quas in sua potestate habebat, dicitur colludere; vt tradit Rebuff. quod vidi in pract. in grandi negotio, in quo Marchio prætendebat, non obstare ei rem iudicatam, latam contra patrem in lite magnæ quantitatis, & reddituus. Hactenus Mier. qui rem, nec novam, nec raram; sed ex communi scribentium voto, procedentem adducit.* Et ampliu s, ibi: *Minus enim plenè defendisse eum, qui non producit scr ipturas necessarias, & quas adeo facilè producere posset, eum in sua potestate haberet; plusquam compertum est.* Subscrive esta misma doctrina D.Salgad. *de Reg.protect.part.4.cap.8.num.336.* Aug.Barb. *voto 126. num.336.*

265 Y la razon legal de esta doctrina la recomendò el Guzman *veritat.iuris,* 14. *num.*41. y consiste, en que el descuydo, ò malicia del que litigò, no puede ser nociva al derecho propio de los successores; los quales tienen en qualquiera tiempo aptitud, para deducir las defensas omitidas por el que litigò el pleyto, *ne semper indefensus maneat*; y porque estos influyen vna nueva causa de litigar, no deducida, ni prevista, à la qual no pudo dilatar sus efectos la Executoria, ibi: *Causæ enim novæ, quæ in primo iuditio non fuerunt deductæ, in sententia, non comprehenduntur, leg. licèt, Cod. de iudicijs, leg. filius,* 42. ibi: *Ei, qui alio iure venit, quam eo, quod admisit, non nocet, quod perdit, sed prodest, quod habet; leg. si mater,* 11. *§. eandem,* 4. *ff. de except. rei iudicat.* ibi: *Alia causa fuit prioris Domini, hæc nova nunc accessit cum alijs relatis per D. Salgad. in labyr.part.3.cap.1. à num. 97. Noguer.alleg.27.num.49.*

266 Produce, pues, esta nueva causa, ò motivo vn justo fundamento de renovar el pleyto fenecido, sin oponerse à la recomendada firmeza de la cosa juzgada, como lo notò Escovar *de purit.part.1.quæst.4.art.4.§.1.num.31.* ibi: *Ad quartum respondeo, præsuponendo, quod in dict.leg. si mater,* 11. *in princip. de except. rei iudic. non videtur agi de novis instrumentis, seu testibus producendis adversus rem iudicatam, sed de rescindendo iudicatum ex vna causa, propter aliam, quod iure permissum stat in dict. leg. si mater, §. si quis autem cum seqq. leg. si rem,* 17. *leg. si quis,* 18. *de except. rei iudicat. Mier. de maiorat. part. 4. quæst. 1. limit. 1. num. 74.* ibi: *Et patet ex ipsomet contextu; dict. leg. si mater,* ibi: *Sed ex causa sucurrendum ei, qui vnam tantum causam egit rupti testamenti; imò hac in specie non infringitur sententia, & res iudicata ex*

pri-

prima causa, per secundam in iuditio allatam, sed aliud diversum constituitur iuditium ex novæ causæ interventu iuditia enim ex causis distinguntur, &c. Conducit D. Ioseph Maldonado. *in tract. de 2. supplicat. tit. 6. quæst. 5. à num. 22.*

267 Quien avrà, que (cotejada con nuestro pleyto la Executoria de el año de 1611.) no reconozca la diversidad de los casos, y la violencia con que se quiere persuadir por los Abogados de la Duquesa cosa juzgada? la que està defectuosa en las tres precisas identidades, la que no es capàz de otra inteligencia, que la literal, y mas estrecha de su contenido; la que solo justifica las causas, y motivos de defensa mas justos, que resultan de los Autos; los quales fueron tan diversos de la disputa presente, como se ha visto; y la que en duda se debe interpretar contra la Duquesa, que la opone, y expedida por aquellos fundamentos, que sean menos gravosos à el derecho que actualmente litiga el Condestable. No creemos, que mirada à la luz de la razon, se pueda estimar con algun aprecio en este juizio totalmente estraño de el que se determinò en ella, ni que pueda justamente obstar al derecho de el Condestable, enervando las facultades, y fundaciones de Doña Maria de Tobar, y Don Juan su hijo, por donde intenta succeder en este Mayorazgo. Y mucho menos se podrà hazer dicha estimacion con el juizio vltimo de tenuta, que (con vista de la misma carta Executoria de el año de 11.) resolviò el Consejo à favor de el Condestable, dexandonos regla fixa de la justa inteligencia de la antigua, y que (como fundamos en el ingresso de este Discurso) si los Abogados de los Duques nos dizen, que en este juizio de propriedad dicho juizio, y sentencia vltima de tenuta, que obtuvo, y tiene el Condestable à su favor, no les ofende, ni adelanta nuestro derecho (à que dexamos respondido) mucho menos les puede sufragar, ni ofender en parte alguna al derecho de el Condestable, la asserta Executoria, que pudieran aver escusado reproducir en este juizio.

268 Pero quando les concediessemos (voluntariamente, y sin perjuizio de lo que està fundado) la operacion que intentan sacar de dicha Executoria, y que huviessen calificado la fundacion de Juan de Tobar; es tan poco afortunada la pretension de la Duquesa de Ossuna, que aun en ella tiene no menos conocida exclusion, que en las posterio-

riores de Doña Maria de Tobar su nieta, que demonstrarèmos con toda claridad en el Discurso siguiente.

Discurso Quarto.

QVE NI AVN POR LA FVNDACION DE Iuan de Tobar puede succeder la Duquesa, por la incompatibilidad de el mismo Mayorazgo de Tobar con el Estado de Ossuna, que goza la Duquesa por su matrimonio, que contraxo con el Duque de Ossuna. Y que ni Doña Maria Dominga Tellez Giròn, su hija, es, ni puede ser parte legitima, ni con derecho para embarazar al Condestable el que le assiste.

269 DExamos fundado, y presupuesto en los Discursos anteriores, que solas las fundaciones agnaticias de la Duquesa Doña Maria de Tobar, y la escriptura de revnion de el Marquès Don Juan de Tobar su hijo (seguras, validas, y firmes, como lo son, y dexamos acreditado) deben governar la succession de este Mayorazgo; y tambien se ha hecho evidente la exclusion notoria de la Duquesa de Ossuna, por la calidad de sus llamamientos de varones agnados. Sin perjuizio de lo qual, y por exuberancia de la razon con que litiga el Condestable, para manifestar, que (aun en el concepto con que pretende la Duquesa) tiene vn defecto notorio de derecho, se harà evidente tambien en este Discurso la incompatibilidad que tiene el Mayorazgo antiguo de Juan de Tobar (por donde se quiere incluìr) con el de la Casa de Ossuna, que possee actualmente el Duque su marido; y que segun lo literal de las clausulas con que estàn formados vno, y otro, no pueden concurrir juntos en vn solo posseedor, resistiendo la exclusion de la Duquesa en este caso la misma escriptura referida, en que haze su mayor fundamento.

270 Esta incompatibilidan se dedude expressamente de lo que vna, y otra fundacion establece en el precepto de Apellido, y Armas à los posseedores de estas Casas por los fundadores que las erigieron, tan justo, y recomendado en el Derecho, que no solo la estima por justa, y legal prevencion, sino es por muy importante, y substancial para perpetuar la memoria de el fundador, su renombre, y familia; por

cu-

cuya causa los textos, y DD. obligan con rigurosa precision à el cumplimiento de dicho precepto, y con pena de privacion de el Mayorazgo, si lo contravinieren, *leg. hoc iure, 19. §. fin. ff. de donat. leg. facta, 63. §. in danda, ff. ad* Trebelian. D. Molin. *de primog. lib. 2. cap. 14. num.* 10. ibi: *Hæ autem leges, seu conditiones quæ nominis, atque Armorum, delationem contingunt, cum ex prædictis rationibus iustissimè esse censeantur; proculdubio à successoribus precisè servandæ sunt; alias autem Maioratuum successione privabuntur.* Thesaur. *decis. 270. num. 1. & lib. 1. quæst. 34. num. 3. vbi quod servandum ad vnguem.* Theodor. Oeping. *de iure insignium, cap. 8. §. 4. membr. 1. num. 401. vbi quod iniquum, turpè, & publicæ vtilitati adversum foret, tam honestam conditionem contemnere.* Mier. *de maiorat. part. 2. quæst. 4. illat.* 8. D. Valenç. *cons. 69. nnm.* 26. Peregrin. *de fideicommis. artic. 11. num.* 21. latè Rox. *de incompatibilit. part. 8. cap. 1. num.* 11. & eius Add. Aguil.

271 Presupuesta con expresion la justa inteligencia de estos preceptos, y su precisa observancia en los que han de posseer los Mayorazgos, que los contienen, es preciso el advertir tambien (por presupuesto de lo que se discurrirà) que basta à causar la incompatibilidad, solo que vno de los dos Mayorazgos tengan privativo, ò negativo el gravamen de Apellido, y Armas; y que con esto no se puedan posseer los dos por vna persona à vn mismo tiempo, sin necessitar de que ambos le contengan con este rigor, para inducir la precisa incompatibilidad; pues de hallarse con claridad en el vno, induce necessariamente la impossibilidad de poder concurrir con otro, aunque en este se halle solo el precepto de Apellido, y Armas, simple, y possitivo, sic docet, & resolvit D. Molin. *dict. cap. 14. num.* 26. ibi: *In qua quæstione dicendum est, horum Maioratuum successorem non posse, in vtroque succedere, sed necessario vnum omitere debere, & alium retinere. Cum enim in vno præcipiantur deferri nomen, & Arma sola; & in altero præcipiantur deferre simplicitèr: consequens est vt successor non possit, vtrumque præceptum adimplere. Imò debeat necessario vnum eorum deferre, atque vnius Maiotatus successione carere.* Alvarad. *de coniect. ment. defunct. lib. 2. cap. 2. §. 1. num.* 40. Mart. *voto 76. num.* 9. Juan Franc. Pont. *cons. 4. num. 1. & 6.* D. Molin. *de iust. & iur. tom. 3. disp. 615. num.* 3. D. Ioannes del Castill. *controvers. 5. cap. 136. num. 77. & cap. 150. num. 7. & cap. 180. num.* 11. Roxas *de incompatibilit. part. 1. cap. 1. num. 42.*

Pre-

272 Presupuestas yà las consideraciones legales de absoluta firmeza, y sin contradicion en los AA. resulta (descendiendo à lo individual de nuestro pleyto) que la propuesta incompatibilidad se ha de calificar de las clausulas de ambos Mayorazgos en lo respectivo al gravamen de Armas, y Apellido, que contienen.

273 Y en el de Juan de Tobar de 1442. se halla vna clausula (que es la 13.) de este tenor: *E todavia quiero, è mando, è ordeno, y es mi voluntad, que si por ventura los dichos Heredamientos, è Mayorazgo viniere, è perteneciere, segun la regla, è forma, è disposicion sobredicha, à qual hembra, ora sea mi hija, ò otra qualquiera hembra descendiente de mi linea derecha, ò transversal, que el que con la tal hembra casare, que se llame, è nombre de dicho Solar, è Linage, è Apellido de Tobar, è que tome sus Armas, è de otra guisa, quiero, è mando, y es mi voluntad, que aya, y herede los dichos Heredamientos, y Mayorazgo el varon, ò hembra, debaxo à quien la dicha disposicion perteneciere de heredar lo sobre dicho: E todavia quiero, y es mi voluntad, que el que toviere, y heredare los dichos Heredamientos, è Mayorazgo, que se nombre, è llame de el dicho Linage, è Apellido de Tobar, y trayga, y tenga sus Armas, aora los herede, è aya por si principalmente, ora por razon, ò causa de su muger.* *Mem. n. 55. fol. 26.*

274 Son palabras con que recomienda su Apellido, y Armas Juan de Tobar; que aunque solo insinùan vn simple positivo precepto, es no solo limitado à la hembra posseedora, sino igualmente gravoso, y obligatorio al marido que con ella casare, como lo manifiesta lo literal de su contexto.

275 El Mayorazgo de la Casa de Ossuna (que es fundado por el Conde de Urueña Don Juan Tellez Giròn, en virtud de facultad Real, por escriptura de 21. de Febrero de 1523.) comprehende con mayor precissión este concepto, y comun riguroso precepto, privativo, y negativo, ordena à sus successores el modo de traer sus Armas, y Apellido. Y antes que anotemos sus palabras, es preciso advertir (por desembarazarnos de todos escrupulos) que de esta fundacion se ha presentado vn traslado por el Condestable en este pleyto, autorizado de Escrivano, sacado con citacion de la Duquesa, de el Archivo, que quedò de el señor Condestable Don Iñigo Melchor su padre, contra el qual no ha opuesto cosa alguna; antes ha alegado de suerte, que justamente reconoce, y confiessa ser cierto, legitimo, y autenti-

tico, con que no es capaz de duda esta calidad, *leg. cum ostendimus, §. 1. ff. de fide iussoribus leg. de acusat. §. fin. ff. de perpet. & tempor. præscript. leg. fin. Cod. de iudic. & ibi DD.* Cancer. *variar. 1. cap. 18. num. 14.* Beltram. *ad Alexand. Ludovis. decis. 192. num. 6.* Giurb. *decis. 103. num. 13.* Gonç. *in regul. 8. Chancellar. glos. 64. num. 12.* Maresc. *variar. 1. cap. 81. ex num. 9. & cap. 91. num. 3.* Mascard. Gratian. Thusc. & alij, quos adducit D. Salg. *in labyrint. part. 3. cap. 2. à num. 67. & seqq.*

276 Presupuesta yà la autoridad, fee, y certeza de el instrumento, passo al contenido de las Clausulas, que hablan à nuestro intento, que son diversas; y en vna dize: *Y assimismo con tal condicion es mi voluntad, que si en este Mayorazgo succediere hembra, que assi ella, como el que con ella casare, no aya de traer, ni trayga otras Armas, ni Apellido, sino las mias, que son de los Girones, como yo aora las traygo, è sin mezcla alguna, assi en las Armas, como en el Apellido. Y si por ventura no traxeren las dichas Armas de la dicha manera, ò se llamare, ò intitulare, ò firmare de otro Apellido, sino de los Girones, como dicho es, que por el mismo hecho, sin otra sentencia, ni declaracion alguna, lo aya perdido, è no le pueda tener, ni heredar, assi ellos, y ellas, como sus descendientes, puestoque sean varones; y en tal caso mando, que aya de venir, y venga al siguiente en grado, à quien este dicho Mayorazgo huviere de venir, como si la tal mi nieta, ò descendiente hembra no huviera nacido, ò fuera muerta sin generacion alguna; y el que assi succediere en el dicho Mayorazgo, succeda con la dicha condicion de traer dichas mis Armas en vn Escudo, ò en mas, y no otras, y llamarse de mi Apellido sin otra mezcla, segun dicho es: Y si no traxere las dichas mis Armas solas sin mezcla, y sin otras, ò se llamare de otro Linage, ò Apellido, sino solo de el mio, que por el mismo hecho, sin otra sentencia, ni declaracion, pierda el dicho Mayorazgo, èl, è sus descendientes, y venga al siguiente en grado, con la misma condicion de traer solas mis Armas, y llamarse de solo mi Apellido; todo sin mezcla, como està dicho.*

Mem. num. f. 141

277 En otra clausula lo repite con estas palabras: *Y porque yo mando, que en este Mayorazgo puedan succeder algunas vezes hembras, y sus descendientes de ellas; entiendase, que es mi intencion, y voluntad, y con tal condicion mando, que en èl puedan suceder, que los varones, ò hembras no sean tales, que ayan heredado, ò puedan de proximo heredar alguna Casa, ò Mayorazgo, que en ella aya, ò aya avido Titulo de Marquès, Duque, ò Almirante, ò Conde, como de suso està declarado; porque en tal caso quiero, è mando, è es mi voluntad, que assi*

Mem. num. 145. f. 142

assi ellos, como ellas, que en tal Casa huviere los dichos Titulos, ò huvieren de succeder, no puedan heredar, ni aver este dicho mi Mayorazgo, è bienes en èl contenidos. Y mando, que en tal caso vaya al siguiente en grado, que segun la orden de este mi Mayorazgo en èl pudiere succeder. E que assimismo con condicion, que si fuere varon, ò hembra, assi ella, como su marido, ayan de traer, y traygan las Armas, y Apellido de los Girones, sin mezcla alguna de otras Armas, sino solas, segun, y de la manera que yo aora las traygo, y que assi se llame, è intitule, è firme. E pero si por ventura no truxere las dichas Armas de la dicha manera, ò se llamare, ò intitulare, ò firmare de otra manera, que por el mismo hecho, sin otra sentencia, ni declaracion alguna, lo aya perdido, è que no lo pueda tener, assi ellos, como ellas, è sus descendientes. Y que en tal caso aya de venir, y venga al siguiente en grado, como si el tal tenedor, ò tenedora no fuera nacido.

278 Prosigue en diversas partes, y explica la absoluta prohibicion de el concurso con otra alguna Casa titulada, y passa à suplicar à su Magestad, que constandole la contravencion de algunos de los posseedores à sus condiciones, le mande privar de el Mayorazgo, y entregar al siguiente en grado. Y en la clausula penultima dize: *Otrosi por* *Mem.num. 143. f. 143.* *mayor firmeza de todo lo susodicho, quiero, è mando, y es mi voluntad, que qualquier persona de mis descendientes, ò transversales, que en este Mayorazgo huviere de succeder, segun las dichas condiciones, que aya de traer, è trayga las dichas mis Armas, y Apellido de los Girones, como, y de la manera, y con las mismas penas de suso declaradas. Y no sea tal, que aya avido, ò aya de aver Casa, ò Mayorazgo, do al presente tenga, ò aya tenido Titulo de Duque, ò Marquès, ò Almirante, ò Conde, segun, y de la manera que en algunas partes, y capitulos de suso contenidos tengo declarado; porque mi intencion, y voluntad es, que aquello se guarde universalmente en todos aquellos, ò aquellas, que en este dicho mi Mayorazgo huvieren succedido, ò pudiessen succeder.*

279 Bien claro se manifiesta de las clausulas que vàn presupuestas (atendidas en su notoria expression) estar concebidas con tal precision, que contienen precepto negativo, y forçosa literal incompatibilidad en grado tan superior, que excluyen notoriamente el concurso de qualquier otro Mayorazgo, que grave al posseedor con el simple precepto de Armas, y Apellido; porque si el precepto substancial de el fundador es, que quien succeda en su Mayorazgo de Giron, las trayga solas vnicamente, y sin mezcla de otras algu-

nas, fuera clara contravencion de el Duque querer (junto con estas) traer las de Tobar, y vsar de este Apellido, como lo necessita, para hazer successora en èl (por la primera fundacion de Juan de Tobar) à la Duquesa su muger, segun su contenido.

280 Y esta consideracion parece dictada de la razon, y tan juridica, y firme, que (sin la recomendacion de muchos apoyos legales) es capaz de resistir, y desvanecer las mas vigorosas oposiciones, que se puedan prevenir.

281 Sed vt sine authoritate extrinseca non loquamur, acordarèmos algunas individuales doctrinas, de las muchas que pudieramos juntar, si no nos contuviesse el dictamen de no molestar. Sea la primera la del señor Luis de Mol. (por el acierto, y magisterio con que tratò estas materias) en el *lib. 2. de primog. cap. 14. num. 26.* cuyas palabras dexamos yà referidas; y no son menos formales las de el epigrafe de el mismo numero, ibi: *Non potest quis succedere in duobus Maioratibus, in quorum altero contineatur præceptum deferendi Arma, & Nomen familiæ, sine mixtura aliorum, & in altero contineatur præceptum simplex Nominis, & Armorum delationis.* Y los Add. ibi: *Aut præceptum inventum est, vt deferantur, & Arma sola, absque aliorum immixtione; tunc verò, sive illius Maioratuus simpliciter institutus sit, non potest vnus, & idem succedere simul in vtroque Maioratu.* Y refiriendo al señor Mol. *dict. loco*, con sus mismas palabras, resuelve la question D. Cast. *controvers. 5. cap. 136. num. 77.* Pont. *in dict. cons.* 4. que escriviò sobre este Mayorazgo, *à num.* 1. Mier. *de maiorat. part. 2. quæst. 4. illat. 8. num. 61.* ibi: *Vbi autem testator ordinavit, quod quis non possit Arma ferre coniuncta, vel mixta cum alijs; hoc ad vnguem est servandum, & cessabunt difficultates.* Rox. *de incompat. part. 1. cap. 1. à num. 42.* Lara *de vita hominis, cap. 13. num. 40.* Alvarad. *de coniectur at. ment. defunct. lib. 2. cap. 7. §. 1. num.* 40. D. Valenç. *dict. cons. 69. ex num. 26. ad* 40. Barb. *vot. 7. à num.* 31. y otros infinitos, que juntan los Add. ad D. Molin. *suprà*, y Aguil. ad Roxas *dict. cap. 1. à num.* 42.

282 Esta doctrina, y resolucion, no solo milita en los terminos de vn Mayorazgo fundado con tan eficazes precisiones (como el de Ossuna) pues tiene todas las vozes *de Apellido, y Armas solas, puras, y sin mezcla de otras, como yo aora las traygo.* En cuya hypotesi podemos, sin temeridad, afirmar, que

que no ay Autor que asienta à el concurso con otro alguno; cuya fundacion previene la simple calidad de Armas, y Apellido, sino que en terminos de mas ensanche, y quando està concebido este gravamen con las expressiones de traer las Armas, y Apellido sin mezcla, aunque no se expresse la calidad de solas, es constante la incompatibilidad, y asientan por tal los AA. mas conocidos, como lo resuelven muchos de los citados en el numero antecedente, Ripol. *variar. cap.* 13. *de testament. num.* 301. & melius *num.* 84. ibi: *Secus verò esset, si testator iusisset, quod eius hæres deferret Nomen, & Arma, sine mixtione. Quia hoc casu talis hæres cum teneatur obedire conditioni sibi adiecte tenebitur, aut hæreditatem aceptare cum dicta conditione, aut illam repudiare.* Altograd. *cons.* 101. *volum.* 2. *num.* 13. ibi: *Non potest D. Iulius continuare in addimplemento dicti præcepti, & oneris à D. Marcho Antonio iniuncti, & sic retinere tenimentum fructæ, & simul assumere cognomen, & insignia familiæ de curtis, & obedire præcepto D. Equitis, vt consequatur, tenimentum Marciani; cum, stante expressa contraria dispositione vtriusque testatoris, non liceat commiscere ambarum familiarum stemata, & cognomina, sed vocatus ad fideicommissum de Danuelinis debet hoc solum cognomen, & arma eius tantum familiæ gestare, omnibus alijs abiectis: & vocatus ad fideicommissum de curtis pariter eodem modo solum cognomen, & arma familiæ ipsius de curtis absque alicuius alterius mixtura habere, & in publicum proferre debet, ex quo insurgit incompatibilitas, cum habere vnum, & non aliud; aliud, & non vnum, sint contraria, quæ impossibile est simul inesse; ideòque in vna, eademque persona concurrere nequeunt.*

283 Sigue, y funda lo mismo Gaspar Antonio Thèsaur. *lib.* 1. *quæst. forens.* 34. *num.* 3. y Antonio Thesaur. *decis.* 270. *num.* 9. Barr. *de succes. lib.* 17. *tit.* 18. *num.* 5. Roland. *en el cons.* 58. que escriviò sobre la Varonìa de Espes, Mayorazgo de la Casa de Sastago, *volum.* 3. *num.* 80. de que haze mencion Casanate *cons.* 36. *num.* 4. & Nata *cons.* 676. & 677. Card. de Luc. *de fideicommis. discurs.* 13. que escriviò por el Marquès de Astorga, contra el Marquès de Velada su hermano, *num.* 17. ibi: *Vel implicitè, ac virtualitèr; quia nempè demandata sit enixæ assumptio, ac respectivè retentio cognominis, & insignium cum expressa probibita mixtura, sivè conditione taxativa tantum, vel similiter; ita vt impracticabile sit vtrumque maioratum, vel fideicommissum possideri citra violationem voluntatis vtriusque testatoris, vel saltim vnius,*

cu-

cuius cognomen, & inſignia deferantur, vel commiſceantur. Quo caſu etiam ſi adiecta non ſit pœna caducitatis; illa tamen ſubintelligitur, tanquam ex ceſſanti veriſimiliter voluntate, &c. Y la Rota Romana determinò lo miſmo en la *deciſ. 33. part. 14. recentior.* con infinitos que refiere por eſte ſentir. *Videndus etiam* Theodor. Oeping. *de iure inſign. cap. 8. num. 380.*

284 Todas eſtas doctrinas corren con ſuperior motivo en nueſtro pleyto, en que no ay diſputa formal de contravencion, ni eſta ſe puede dudar, conſtando literalmente la incompatibilidad; porque aviendola, no es queſtionable la contravencion, que conſiſte en querer juntar el Mayorazgo de Oſſuna (formado con la preciſsion de vſar ſolas ſus Armas, y Apellido) al de Tobar, y Berlanga, que tiene (aunque no con tanto rigor) el miſmo gravamen, comprehenſivo expreſſamente de el Duque, por clauſula de ſu fundacion, que và exhibida.

285 No pueden ignorar, ni dexar de reconocer los Abogados de la Duqueſa de Oſſuna la ſolidèz de eſtos fundamentos, y el poderoſo legal embarazo de la incompatibilidad, para adelantar el derecho que defienden. Y oprimidos de eſta dificultad, ſe refugian à algunas tan ligeras evaſiones, que ſe deſvanecen en ſu ineficazia; porque conſiſten mas en apariencia, que en ſuſtancial juridica realidad. De lo qual ſe harà evidente demonſtracion con referirlas, y la incertidumbre, y ſatisfacion que tienen en la cenſura de derecho.

286 Ponderaſe (como vno de los fundamentos excluſivos de la incompatibilidad) que el precepto de Apellido, y Armas, impueſto por Juan de Tobar en ſu Mayorazgo, eſtà concebido por via de modo, y no como condicion. Queriendo por eſte medio, que no pueda embarazar à la Duqueſa el ingreſſo, y obtencion, y que deſpues que le poſſea quietamente, ſe la interpele al cumplimiento de la condicion.

287 Y antes de ſatisfacer à eſte reparo, me es preciſo preſuponer, por lo que las miſmas clauſulas informan ſer dos medios los que perſuaden la incompatibilidad de eſtos Mayorazgos, y conſpiran à decretar en eſta vacante la excluſion de la Duqueſa de Oſſuna. El vno conſiſte en las prohibiciones de el Conde de Vreña, que reſiſten el concurſo de ſu Mayorazgo, con otro alguno, *que tenga, ò aya tenido*

ti-

titulo de Duque, Conde, Marquès, ò Almirante, privando à qualquiera de ſus ſucceſſores de poder poſſeer, ni aun proximamente eſperar ninguna de eſtas repreſentaciones, junto con el de la Caſa de Oſſuna; y advirtiendo la Caſa de Tobar, y ſu Mayorazgo iluſtrado con el titulo de Marquès de Berlanga, que ſe concediò à Don Juan de Tobar, *num.* 41. parecia caſo literal de los expreſſados por el Conde de Vreña. Mas contemplando que el Duque no es el verdadero poſſeedor, ni lo puede ſer de eſte Mayorazgo, y que es diverſa la perſona de la Duqueſa ſu muger, que lo pretende, por lo qual no llega el caſo de la vnion, y actual concurſo en vn poſſeedor con el de Oſſuna, que impoſsibilitò ſu fundador, reconocimos no ſer eſte el fundamento de mas eficaz, influxo en favor de la pretenſion de el Condeſtable; ni la defenſa mas radical para eſtablecer la actual excluſion de la Duqueſa de Oſſuna. Y con eſte conocimiento advertidamente he ſuſpendido las ponderaciones de eſtas clauſulas en quanto à eſto, y los esfuerços de eſta prohibicion, convirtiendo à otro medio irrefragable todas nueſtras legales conſideraciones.

288 Conſiſte, pues, eſte en los gravāmenes, y preceptos, con que vno, y otro fundador intima el vſo de ſus Armas, y Apellido; porque el Conde de Vreña Don Juan Tellez Giròn fue tan zeloſo de eſta integra repreſentacion de ſu Caſa, y de la vnica atencion à ſus Armas, y eſclarecido renombre de Giròn, que obligò à todos los poſſeedores de el Mayorazgo que fundava, à llamarſe ſolo de eſte Apellido, ſin mezcla de otro, y traer las Armas de Girones ſolas, y ſin mixtura de otras, como èl las vſava; y de otra ſuerte los impoſsibilita à la ſucceſsion, y los priva de ella en caſo de contravenir deſpues de hallarſe en la actual poſſeſsion de ſu Mayorazgo (aſsi lo comprueban ſus clauſulas de eſta fundacion, que dexamos referidas à la letra) en la de Juan de Tobar (que es el movil de las pretenſiones de la Duqueſa) no ſe halla tan abſoluto, y negativo eſte precepto; pues ſolo ſe contiene eſte fundador en obligar, y prevenir à los ſucceſſores el vſo de las Armas, y Apellido de Tobar, ſin otras mas eſcrupuloſas preciſsiones; pero en el caſo de ſucceder alguna hembra, ſu deſcendiente, ò tranſverſal, ordena, que el marido, que con ella caſare, y ella miſma, traygan, y tengan

gan sus Armas,y Apellido de Tobar; y de otra suerte la pri-
va à ella de el Mayorazgo,difiriendolo al siguiente en gra-
do; de que resulta, que no pudiendo el Duque de Ossuna
satisfacer este precepto por los gravamenes de su Casa, con
quienes tiene incompatibilidad, ha llegado el caso de el
transito al Condestable; como mas immediato, y estàn de
su parte todas las doctrinas que dexamos recordadas: y
passarè à excluìr las assertas evasiones, que sin substancia se
oponen.

289 Y en quanto à la distincion que se dize de estàr
por via de modo el precepto de Juan de Tobar, de Armas, y
Apellido, & non per vim conditionis; la debilidad de este
discurso està desvanecida con poca aplicacion; porque lo
condicional, ò modal de el gravamen, se debe calificar por
laspa labras de que vsò el fundador al formarle: advertencia
qu e con especial reparo encargò D. Molin. *de primogen. lib. 2.*
cap. 12. num. 33. ex leg. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomine; las que
se hallan en la referida fundacion de Juan de Tobar, no se
pueden admitir en otro sentido, que el de explicar vna pre-
cissa condicion cumplida indispensablemente al tiempo de
succeder, ibi: *E de otra guisa, quiero, è mando, y es mi voluntad,*
que aya, y herede los dichos heredamientos, è Mayorazgo el varon, ò
hembra, debaxo à quien la dicha disposicion perteneciere de heredar lo
sobredicho; que son literalmente las vozes, con que quiso as-
segurar el forçoso cumplimiento de el gravamen al tiempo
de la succession; y que (en su defecto) esta transitasse en el si-
guiente en grado, immediato à quien perteneciesse.

290 En el acto de suceder, es quando el fundador inti-
ma el vso de sus Armas, y Apellido, explicando mas cuida-
dosa, y anticipadamente el precepto, que el llamamiento à
la succession, y prohibiendola con clausula irritante, en otra
forma transfiriendola al siguiente en grado; en cuyos ter-
minos es consiguiente la calidad condicional, y la obliga-
cion de cumplirla para obtener, *leg. mulier, 20. §. si quis hære-*
ditarium, 1. ff. de conditionib. institution. Guido Pap. *decis. 251.*
disputò la question, y resuelve, que por estàr prevenido, en
el caso de su controversia, la calidad de traer las Armas antes
que el llamamiento à la succession, v. g. *Titius accipiat meum*
cognomen, & arma, & hæres sit, se estima, y debe condicional, y
se debe cumplir para se habilitar à la succession; y en este sen-
tir

tir contesta con Guido Papa, D. Molin. *lib. 2. cap. 14. num. 12. in fin.* sin embargo de que en los Mayorazgos de España resuelve, vt in plurimum, que estos gravamenes tienen mas de modales, que de naturaleza condicional, *text. in cap. cum in nostris, 6. de conces. præbend.* latè D. Castill. *controvers. 5. cap. 180. num. 29.* ibi: *Nam, & si regularitèr illud modum inducat; poterit aliquando conditionem, ex voluntate importare, vt si præcipiens, seu disponens voluerit ante aseqution em bonorum adimpleri; & tunc modum tanquam veram conditionem implendum, nec transire dominium, nec possessionem bonorum in hæredem, nisi prius huiusmodi conditionem adimpleverit, & hoc idem esse dicendum, si ex ordine scripturæ sit prius inductum huiusmodi præceptum; quia fuerit dispositum, quod Titius acciperet nomen, &c.* y otros absolutamente resolvieron, que estos preceptos se avian siempre de entender condicionales, Guillelm. Benedict. *in cap. Raimuncius, num. 45.* Burg. de Paz *in proœmio legum Tauri, num. 27.* Guid. Pap. *in dict. decis. 251.* & alij, quos refert D. Molin. *vbi supr.*

291 Sed dato, & non confesso, que el precepto fuesse modal, aun no puede facilitar à la Duquesa de Ossuna el ingresso en la pretension de este Mayorazgo, por la imposibilidad de cumplirle, atendidas las clausulas de el Mayorazgo de Ossuna, con el qual otro ninguno puede ser compatible. Y esta incompatibilidad es opuesta por su naturaleza à el modo, porque supone posible su cumplimiento, y aquella excluye absolutamente toda posibilidad; por cuyas razones desprecia la disparidad entre el gravamen por modo, ò condicion, Castill. *dict. cap. 180. num. 22.* his verbis: *In Hispanorum tamen primogenijs, sive Maioratibus, quo ad præsens institutum, seu propositum, nihil interesse, an dispositio conditionalis sit, sive modalis, quo ad effectum, ne Maioratus duo, aut plures vniantur, sive in vno solo successore iungantur, quando institutor concursum prohibuit, & incompatibilitatem prævenit, vt enim primogenitus excludatur, aut specialiter exclusus, & concursus diversorum Maioratuum non admittatur, sufficit institutorem ita voluisse, & in eo ipso, quod repugnantia, & oppositio detur inter duos Maioratus, non interst, neque considerandum est, quod præceptum, aut gravamen dicatur modus, aut conditio, vtcumque enim effectus non sit compatibilis, remanet introducta contrarietas.*

292 Y asi no es dable el gravamen de nuestra fundacion poderle reducir à modal, porque el modo no es otra

co-

cosa, que vn precepto dirigido à la persona llamada, y favorecida, que ha de satisfacer por sì, à cuyo fin se assegura con la caucion que previenen los AA. à la *ley de quibus*, §. *Thermus minor*, *ff. de condit. & demonstrat. leg. demonstratio*, 17. §. *fin. ff. eodem*, *leg. Mevia*, *ff. de manumis. testament. leg. his verbis*, *Cod. quando dies legat. vel fideicom. cedat.* docent post antiquiores Sarmient. *selectar. lib. 2. cap. 3. num. 4. & 5.* Mantic. *de coniect. vltim. volunt. lib. 10. tit. 5. num. 15.* Mier. *de maiorat. part. 2. quæst. 4. illat. 8. num. 152.* Castill. 4. *controvers. cap. 55. à n. 25.* Menoch. *cons. 494. num. 15.* D. Molin. *lib. 2. cap. 12. num. 13. & cap. 15. num. 28.* vbi plures per Add. latè Barbos. *vot. 126. num. 51.* No es dudable, que la llamada à esta succesion, es la Duquesa, y menos lo es, que no depende de su hecho la satisfaccion à este gravamen; porque es el Duque en quien formalmente le deseò el fundador, atendido, y satisfecho, no puede vencer la successora aquel robustisimo impedimento, ni por su parte facilitar en su marido el Duque el vso de las Armas, y Apellido de Tobar; pues si estas especialidades se oponen ex diametro à las naturalezas de el modo; luego es sin disputa estraño de este caso, y ser formal condicion la que se ofrece en la clausula de Juan de Tobar, que explica la atencion de el fundador à sus Armas, y Apellido.

293 Nada la queda à la Duquesa de cumplir despues de la adquisicion, à que se procura persuadir habil; pues como ha de ser modo lo que està pendiente de vna casualidad en otra persona? lo que fuera hecho propio suyo; lo que por su voluntad, y arbitrio se pudiera satisfacer; lo que se encargàra à solo su cuydado, y operaciones, sin la concurrencia de otro individuo, pudiera participar de esta modal naturaleza, porque tiene notable proporcion con estas circunstancias; pero el acto que ha de executar su marido, à quien le encamina el fundador, no puede tener nada de modo, sino de condicion casual, como todas las que se verifican en otras personas, que los llamados à las disposiciones de que habla el Jurisconsulto, *in leg. in facto, 60. ff. de conditionib. & demonstrat. in finalib. verb.* No se puede practicar la caucion con que se cautela el cumplimiento de el modo post adquisitionem, porque resiste la disposicion legal qualquiera obligacion, ò fiança, que se circunscrive al hecho estraño de el que se obliga, *leg. sicut reus, 65. ff. de fideiussorib. leg.*

sti-

stipulatio ista habere licere, ff. de verbor. obligat. leg. eum qui, §. Iulianus, ff. de constitut. pecun. leg. 11. *tit.* 11. *part.* 5. Gom. *variar. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 23. Ayllon cum alijs. Pues si en estas especialidades se dà à conocer la modal de el acto, y disposicion; por donde se puede persuadir la de Juan de Tobar asistida de tan furiosos atributos? Què caucion ha de hazer la Duquesa, para satisfacer este precepto, despues que succedede, como quieren sus defensores? A què se ha de obligar, si por su persona no la queda nada que cumplir? Juan de Tobar contemplò tan poco provechoso al lustre de su Casa, que la hembra posseedora vsasse sus Armas, y Apellido, que derechamente le expressò, y puso en su marido, en quien rezelò la confusion, y olvido de sus Armas, y renombre. Si este no puede cumplirle, y las anteriores premissas lo publican condicional; luego no tiene aptitud la Duquesa para la succession que solicita.

294 *Augetur nostra ratio* por lo que dexamos dicho, de que aunque fuesse modal la providencia de Juan de Tobar, hallandose el Duque impossibilitado à su cumplimiento, no puede franquear ingresso, ni adquisicion à la Duquesa en lo que intenta, *vt ex iuribus ibi relatis comprobavimus*; y se haze mas legal con otra comprobacion convincente, deducida de lo que enseñan conformes los AA. en caso de omnimoda similitud. Reconocen, pues, que los preceptos de casar con personas Nobles de tal, ò tal familia, y otros de esta calidad, son vt in plurimum modales, cuya satisfaccion se practica posterior al hecho de succeder, sin precisar à la persona que fue llamada con estas circunstancias, à que se aya de casar para adquirir; y solo se examina la aptitud de poderlo despues executar, que son efectos precisos de disposicion modal, en duda estimada con estos respectos, y no condicion, *vt ex leg. quæro, §. interlocatorem, ff. locati, leg. à testatore, ff. de condit. & demonstr.* 12. post antiquos D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 9. Castill. *controvers. lib.* 4. *cap.* 55. *num.* 25. & 29. cum pluribus Hermos. *in leg.* 6. *tit.* 4. *partit.* 5. *gloss.* 1. *num.* 7. Preguntan con estos presupuestos, si al tiempo de la vacante se hallava el successor legitimo, ò successora, casada con persona de las prohibidas en la fundacion, si podrà succeder? Y resuelven con seguro dictamen, que no, porque la contravencion primera la incapacitò totalmente à la adquisicion de este be-

neficio, cuya inaptitud de tempore succefsionis hizo paſſo al immediato, por la velocidad de la ley de Toro, que obra eſtos efectos, *ad text. in leg. interVenit, ff. de legat. præſtandis.*

295 De eſta opinion ſe mueſtra perſuadido el ſeñor Luis de Molina *dict. lib. 2. cap. 13. num. 33.* Mieres *part. 1. quæſt. 51. num. 50.* D. Caſtill. *lib. 5. controVerſ. cap. 133. num. 1. & cap. 127. num. 1. & 2.* Rox. *de incompatibilit. part. 3. cap. 3. num. 13.* ibi: *Ampliatur primò, Vt licèt tempore inſtitutionis, Vel delatæ ſucceſſionis ad eſſet legitimus ſucceſſor, & poſſeſſor bonorum Maioratus; & alius ſucceſſor ſequens in gradu, qui poſt eum, & eius deſcendentiam finitam Vocatus fuit per generalem, Vel legalem Vocationem, coniugatus eſſet cum perſona ex prohibitis in fundatione. Nam ſi primus decedat abſque deſcendentibus is, qui poſt eum habet Vocationem generalem, ſeu legalem, qui iam reperitur coniugatus cum perſona prohibita, ſuccedere non debet.* Y mas expreſſamente *num. 17.* junta infinitos por eſta miſma opinion Aguil. in Add. *ad dict. cap. 3. n. 14.* donde reſuelve con expreſsiones mas favorables à eſta queſtion, ibi: *In hac prima ampliatione diſtinguens, quod ſi conſanguineus tempore delatæ ſucceſſionis inVeniatur impeditus ad implendam conditionem, Vt quia iam cum alia contraxerat matrimonium, ea quæ adhuc ViVat, nec ſit nobilis, Vel qualitates à teſtatore requiſitas deſideret, is conſanguineus excludendus eſt, quia tempore delatæ ſuccceſſionis eſt impeditus ſuo facto ad implendas conditiones Maioratus; leg. in teſtamento, 3. ibi: Quia ipſius facto conditio defuit, nihil ex legato eum conſequi, ff. de conditionib. & demonſtrat.* & alij relati ab Authore *part. 1. cap. 7. §. 97.* Add. ad D. Molin. *dict. cap. 13. num. 16.* Antun. Pegas, Thom. Sanch. y otros, que cita el miſmo Don Fernando del Aguil. *dict. cap. 3. per tot.*

296 Digaſe, pues, el vſo de las Armas, y Apellido de Tobar, prevenido por modo, ò con rigurofa condicion, ay poſsibilidad de dudar, que no es compoſsible en la perſona de el Duque, con los prohibitivos preceptos de ſu Caſa, que decretan la vnica repreſentacion de ſus Girones, ſin conexion con otras Armas, y Apellidos? No es evidente, que la Duqueſa ſe halla impoſsibilitada à cumplir la atenta prevencion de Juan de Tobar? Què otra coſa contemplò eſte fundador, ſino es virtualmente obligar à las hembras que tenian llamamiento à ſu Mayorazgo, à que ſe caſaſſen con perſonas, que ſin impedimento pudieſſen renovar las Armas, y Apellido de ſu linage, vſando de ellas, como de ſus pro-

propias, y nativas? No es hecho notorio, que la Duquesa de Ossuna ha contravenido, casando con quien no puede satisfacer la expressa voluntad de esta fundacion? Pues si en estos terminos resuelven concordes los Escriptores de mayor magisterio (aun en caso de disposicion modal manifiesta) que esta contravencion es obstativa al ingresso, y que impossibilita adquisicion, porque defrauda al successor de aquella aptitud necessaria en el tiempo de la vacante; por què reglas de derecho se quiere indultar à la Duquesa de este invencible impedimento? Què diversidad de razon contiene este caso para salvarlo de la oposicion à las doctrinas de Molin. Roxas, Cast. y los demàs citados? Ninguna se descubre, porque son muy vnas sus circunstancias con las que figuran estos AA. en la hipotesi que exponen. Y assi es preciso confessar su influxo favorable à nuestras defensas, quanto de vn embarazo insuperable à la adquisicion que intenta la Duquesa.

297 Dicterio conocido es, que la voluntad expressa, ò congeturada de el que dispone, tiene la principalissima operacion en descubrir la verdad, que se controvierte por textos, y doctrinas muy vulgares; y assi lo assientan los Autores referidos, en orden à conocer con certeza si el gravamen, ò precepto esta impuesto como condicion, ò modo, y assi lo prenota Roxas *in dict. cap. 3. num. 17.* ibi: *Quod cum in conditionibus maximè attendi debeat tacita, vel expressa voluntas testatoris, quæ conditiones regit; leg. hæc conditio, 10. leg. in conditionibus 19. quæ loquitur in casu numptiarum, ff. de conditionib. & demonstrat.* bolvamos la consideracion à lo que ordena Juan de Tobar, para que meditemos por ello, lo que arbitràra en el caso de esta vacante. Quiere que el marido de la posseedora de su Mayorazgo trayga las Armas de Tobar, y su renombe; y no lo haziendo, la priva à ella de la succession que transfiere el siguiente mas proximo. Pues como es creible, que quien decretò tan forçosa privacion por el hecho de contravenir en el marido, despues de posseer, dispensara con la Duquesa, que se ha constituìdo en estado de no poder dàr cumplimiento à esta voluntad? Si el fundador quiere, que los varones posseedores tengan siempre sus Armas, y Apellido, ora possean por sì, ò por las personas de sus mugeres, por donde se podrà persuadir, que quiso successora à la Duquesa, cuyo

marido, ni cumple, ni puede cumplir con aquella prevencion tan prolifiqua al lustre de la Casa de Tobar? De suerte, que el concepto de el fundador, y su voluntad clara, decide el caso de este pleyto contra las pretensiones de la Duquesa.

298 *Accedit etiam*, que para lo resolutivo obra lo mismo el modo que la condicion en qualquiera acto, sin que se pueda contemplar alguna diferencia, como en terminos de este precepto lo afirma con muchos AA. Thesaur. *decis*. 270. *n*. 22. ibi: *Sed si modalem hanc convenientem esse concedamus; nihilominus propter eius in observantiam, irrita, & caduca donatio redditur; quia licèt modus, & conditio in actus suspensione differant; tamen in eius resolutione par est vtriusque potestas, &c.* conducit Cast. *de aliment. cap*. 41. *num*. 11. Hermosill. *leg*. 6. *glos*. 1. *num*. 3. & 4. *part*. 5. *tit*. 4. y siendo estos Mayorazgos incompatibles, yà se reconoce la imposibilidad de succeder en este la Duquesa, por la en que se halla el Duque su marido de traer las Armas, y Apellido de Tobar. Con que no se la priva de succession que tenga posibilidad de conservar; pues no la ay para reducir à concordia en sola vna persona los gravamenes de las dos Casas, ni el concurso de las Armas, y Apellidos de Giron, y Tobar.

299 Y lo que se puede discurrir por los Abogados de la Duquesa (en el supuesto de disposicion modal, quando les confessaramos esta calidad) de interpelacion despues de posseer termino para elegir, ò cumplir el gravamen, *iuxta Authent. hoc amplius, C. de fideicom.* y lo demàs que se pondera en esta parte, quedava yà bastantemente satisfecho; pero porque en materia tan grave, y en derechos tan notorios, no es razon dexar nada à la duda, asseguro, y digo, que la *Authentic. hoc amplius*, no habla de nuestro caso, ni la entienden en tales terminos los AA. porque todos la admiten quando el que actualmente possee Mayorazgo con precepto de Armas, y Apellido, *se habet merè negativè* en su cumplimiento, que en este caso obra la interpelacion; pero quando el posseedor de vn Mayorazgo solicita otro, que no puede retener con el primero; no es necessaria interpelacion, y sin ella, ò vacàra luego al primero, ò se contemplàra precisa imposibilidad de adquirir el segundo. Y respecto de que no es posible en el Duque la division de su Mayorazgo, y Casa, consiguientemen-

te

te se avrà de rendir al impedimento que causa en la Duquesa su muger, para adquirir, y posseer este de Tobar.

300 Es formalissimo, y terminante en comprobacion de esta doctrina D. Paz *de tenut. cap. 34. num.42.* que aunque dilatado, por puntual en los terminos individuales de vacante por incompatibilidad, y decisivo de esta question, ha parecido referirle, ibi: *Nec putò obstare huic receptissimæ sententiæ, textum in Authentica hoc amplius, C. de fideicommissis, ex qua dicitur, moneri debere, prædictum possessorem, vt vnum ex prædictis primogeneis eligat, & ad eligendum habeat annum; & ante electionem, & intra annum, primum primogenium vacare non potest, nec eius possessio transferri in sequentem in gradu, nec tenutæ actio proponi in Supremo Senatu: respondetur enim, hunc textum non adaptari quæstioni nostræ, sed casum dissimilem continere, nam loquitur in hærede, vel legatario, cui onus in hæreditate, vel legato iniunctum est. Ad hoc enim, vt hæreditate, vel legato privetur, moneri debet, & ei annus adimplementum gravaminis præstitui: & est ratio, nam cum hoc onus ipsimet hæreditati iungatur, & in implendo consistat, terminus datur ad eligendam hæreditatem, vel onus adimplendum; aliud verò est in casu, & quæstione nostra, in qua onus nullum iniunctum est maioratui, ipsum retinendo, ita vt illud onus implendo, ambo primogenia retinere possit possessor; sed ratione prædictæ incompatibilitatis vtrumque maioratum possidere non potest, si ergo ipse eligit secundum maioratum, & actualem eius pacificè possessionem natus est, & in possessione legali nullum impedimentum ei inijcitur; innanis, & frustratorius esset terminus ad eligendum, & implendum, quod ipse iam eligerat merito. Itaque per adquisitionem huius secundi maioratus, vacat primus, & bonorum eius dominium, & possessio in sequentem in gradu, qui verè succedere debeat secundum maioratus dispositionem, transfertur iuxta ea, quæ superius tradidimus: Et in individuo casus nostri, ita dictam Authentic. intelligit Hostiensis, qui à nemine allegatur in dict. cap. multa, de præbendis, num. fin.* ibi: *Quod nec monitio necessaria sit, & hãc opinionem amplectitur.* Molin. *lib. 2. cap. 12. num. 31. & 32.* Fusar. *de subst. quæst. 582. num. 16.* Cravet. *cons. 193. num. 4.* Surd. *de aliment. tit. 9. quæst. 26. à num. 38.* Fontanel. *decis. 462. ex num. 5.* Add. ad D. Mol. *dict. lib. 2. cap. 14. num. 23.*

301 Parece que en vista de lo hasta aqui fundado, no se necessitava mas prueba de la exclusion de la Duquesa; pero atendido el empeño con que solicitan sus Abogados facilitarla la adquisicion, y ingresso en la possession de este Ma-

yorazgo, y su propiedad, pondrè notorio el impedimento que tiene para adquirirle, con otra consideracion legal, y mas immediata al caso concreto de este pleyto.

302 Es indubitable la incompatibilidad de estos dos Estados, segun las referidas clausulas de sus fundaciones. Tambien lo es, que la Duquesa casò con el Duque su marido (por quien possee la Casa de Ossuna) quando (en su dictamen, y conforme la fundacion antigua, que se persuade le confiere la de Tobar, y Berlanga) se hallava immediatamente successora deste Estado, como hija vnica del señor Don Iñigo Melchor Fernandez de Velasco, que entonces lo posseìa, y en lo natural muy proxima à la actual adquisicion por la crecida edad de su Padre. Y viviendo con tan cercana, y inviolable esperança de esta succession, el hecho de casar con el Duque, que ni puede traer las Armas, y Apellido de esta Familia, ni junta al Mayorazgo de su Casa otro alguno que tenga este gravamen: explica el animo de renunciar de hecho la succession de este Mayorazgo, y el derecho con que la esperava, à su parecer, real, y efectiva. Y esta proposicion està decidida (en lo respectivo à Beneficios Eclesiasticos) en la Clementin. *gratiæ, de rescriptis*, ibi: *Gratiæ, vt Dignitate, vel Beneficio Curato tibi provideatur, renunciare videris, si ante ademptionem eiusdem, aliud Beneficium pacificè assequaris, quod simul de iure cum Dignitate, vel Beneficio virtute dictæ gratiæ tibi debito, retinere non possis, licèt aliud resignaveris, aut sis resignare paratus.* Y lo mismo se resuelve en el *cap. 1. ad fin. de concess. præbend. lib. 6.* & ex alijs Gonçal. *in regul. 8. Chancellar. gloss. 54. num. 24. & gloss. 57. num. 6.* Barbos. *in dict. Clement. num. 2. &* 3. Cevallos *commun. contra commun. quæst.* 828. *num.* 58. *& sequent.* D. Valenç. *cons.* 83. *num.* 63. Castillo 5. *controvers. cap.* 179. *num.* 10. *& cap.* 178. *num.* 16.

303 Y aunque la decision es limitada à la materia beneficial, el señor Cast. entiende, que la razon es comprehensiva de los Mayorazgos, y assi dize *in dict. cap.* 178. *num.* 16. *Quamvis Clementina metipsa loquatur in Dignitatibus, & Beneficis Ecclesiasticis; ratio decisiva illius dispositionis militat, & vrget in cæteris etiam casibus, & alijs materijs, in quibus concurrant tituli incompatibiles: vndè ex paritate incompatibilitatis, in ipsis quoque locum habebit, & Hispanorum primogeneis ob identitatem rationis obtinebunt, vbicumque ob clausulas, & leges institutionis, duo maioratus vnionem, aut coniunctionem non patiantur, vel ob præceptum nominis, & Armo-*

rum,

rum, aut quia quilibet institutor nominis, & memoriæ suæ familiæ, splẽdorem de per se, & sine concursu alterius maioratus conseruare voluit, vt frequenter contingit. Et vbi fines, & effectus contrarij reperiuntur; concursus titulorum, sivè spiritualium, sivè temporaliũ, impeditur. Glos. verb. Gratiæ, in dict. Clement. ibi: *Quia generaliter loquitur hoc principium, generaliter intelligitur de cuiuscunque gratia Papæ, vel alterius, &c.*

304 D. Valenç. en su consejo citado discurre en dos Encomiendas de Indias, fundando (por esta regla) la incompatibilidad de obtener la segunda el que posseìa la primera, por ser esta incompatibilidad obstativa en el ingresso; & *num.* 18. se estiende à los Mayorazgos, con la misma razon (conducit Pater Mol. *de iust. & iure tractat.* 2. *disput.* 624. *num.* 4.) y haziendose cargo de no aver vacado ambas en vn tiempo, para facilitar el ingresso en la segunda, y la eleccion, dize, *ex num.* 53. *Hoc confirmatur, quia D. Ludovicus Philipus, quando acceptavit dictam Commendam Indorum Flascaltitlam, debuit prævenire, quod evenit aliquibus armis post vacare illam Tututepeque, & quod in ea succedere non valebat, cum esset alia impeditus, & imputatur ei, qui, quod poterat evenire non prospexit, leg. si quis domum, 9. §. idem quærit. ff. locat. quia hoc evenire posse prospicere debuit, leg. qui bona, §. cum iter, ff. de damno infecto, leg. Lucius, §. penult. ff.* ad S.C. Trebel. *leg. sed, & si Prætorem, §. si ferie, ff. ex quibus causis maior. leg. naturalem, 5. §. 1. ff. de adquir. rer. domin.* Rofredo *quæst.* 7. *num.* 9. Ricciard. *in §. quos autem, num.* 78. *instit. de bonor. posses. Nam eo ipso, quod acceptavit, & possessionem cæpit Indorum Flascaltitlam, fuit visus excludere se ipsum à successione Indorum Tututepeque, fortius; quam si lege, aut statuto excluderetur.* Nam vt inquit Paul. de Castr. *cons.* 38. *num.* 22. *part.* 3. *exclusio ex proprio facto plus nocet; quam ea, quæ fuit per statutum;* & amplius, ibi: *Nec obstavit dicere, quod optio, non intervenit, quia non vacarunt vno, & eodem tempore dictæ duæ Commendæ, sed sola illa Flascaltitlam, quia sufficiens fuit ius de futuro, quod habebat ad succedendum in Commendam Tututepeque; nisi fuisset alia impeditus, & ocupatus, quia etiam habet locum optio respectu eius, quæ nunquam vacavit, &c.* Y las mismas palabras trasladò D. Juan del Castillo *dict. cap.* 179. *num.* 10. y añade à nuestro intento, ibi: *Sic etiam, qui in vno maioratu successit, cum sciret, aut scire deberet se, eoipso quod acceptaret, & succederet, ab altero exclusum, & resignaverit, sive tacitè videatur renuntiare ius, quod ad alium maioratum habebat, si se alium impeditum non inveniret, non potest mutare consilium, aut eligendi ius prætendere in damnum, & alterius iniuriam;*

ſed contentus vno Maioratu, primaque ſucceſsionem eſſe debet; & ſibi imputare, quod non prevenerit, ſe in alio Maioratu ſuccedere poſſe, ſi alio non aceptet; ſed potius dimitat, nec amplius pœnitere, aut eligere poſſe, &c. ſequitur D. Larrea *deciſ.* 52. *num.* 2. his verbis: *Ve eo ipſo, quod quis poſidet Maioratum incompatibilem, videtur renuntiare alteri, cuius ſucceſsio de futuro poſit eſperare, &c.*

305 Son las doctrinas referidas formaliſsimas à nueſtro intento, comprehenſivas con legal providencia de ſus mas individuales circunſtancias, hablan ſobre ingreſſo, y adquiſicion de ſegundo Mayorazgo, ò Encomienda, y la reſiſten eficazmente al que poſſee otro incompatible, quando ſe cauſa la vacante, eſtimando, ſin reparo, la adquiſicion de el primero por virtud, y forçoſa abſtenſion de el derecho futuro para ſucceder en el ſegundo; ac per conſequens indubitable el derecho de el ſiguiente en grado, para entrar ſin controverſia en la ſucceſsion, & D. Valenç. *num.* 115. refiere averſe determinado aſsi por el Conſejo en varios pleytos en que ſe ofreciò eſta diſputa, y ſe acredita en todo la notoria pretenſion de el Condeſtable con eſtas circunſtancias, y el embarazo manifieſto que ſe encuentra en la Duqueſa (preſupueſto por los AA. y textos referidos) para que immediatamente la obſten ſus reſoluciones.

306 La ſolidez, y firmeza de eſte fundamento, proviene de la contrariedad de las fundaciones, que no admiten el concurſo de los Mayorazgos; y por eſto no permite el derecho ſe le adjudique el que no puede conſervar, y ſe confirma con vna doctrina de Roxas, *part.6.cap.2.* donde (en terminos mas eſtrechos) pregunta ſi ſe puede intentar à vn miſmo tiempo la tenuta de dos Mayorazgos incompatibles, y reſuelve que no; porque ſon acciones quead invicem ſe obſtant. *ex leg.fin.C.de Codicil. leg. cum hærede, 9.§. eligere, ff. de tribut. cum alijs*, y ſe explica con diverſas ilaciones, ibi: *num.* 5. *Ex hac concluſione, ita corroborata, primo infertur, quod ſi aliquis vocatus ſit ad ſucceſsionem duorum, pluriumvè Maioratuum incompatibilium, & ſic habeat actionem ad quemlibet eorum, non poterit hos duos, pluresvè Maioratus ſimul petere; ſed tantum vnum ex incompatibilibus, quia reſpectu cuiuſque Maioiatns actiones ad experiendum ſunt inter ſe contrariæ, & incompatibiles: & ſic vna earum debet eligi, non v.raque commulari.* Et amplius, *num.* 10. *Infertur primò, quod quando alicui competit actio ad quemcumque ex duobus, pluribuſvè Maiorati-*

bus,

bus, si eorum successio est iam delata, & actiones ad eos natæ, non valet petitio ad omnes; sed ad vnum tatum eorum: redditur ratio ex ipsa conclusione. Nam successio Maioratum, in quibus probibita sit commulatio, sive concursus, est incompatibilis origine, & effectu, seu exercitio ad succedendum. De forma, que no se permite solicitar la tenuta de dos Mayorazgos incompatibles à vn tiempo; y es motivo para denegar la adquisicion, y tenuta de el vno en el sentir de Roxas, que habla en caso de no averse diferido la succession de ninguno, por solo el hecho de pretender lo que vnido no se puede conservar; luego si en este caso, y al que no posseìa alguno de los dos efectivamente, se le deniega el ingresso, y tenuta, con mas superior motivo, y razon se les deberà resistir à los Duques de Ossuna lo que pretenden, estando, como estàn, en la quieta possession de el de su Casa, que no admite vnion con otro qualquiera.

307 *Et vt nihil scrupuli remaneat in re tam notoria*, supongamos (sin perjuizio de la verdad) que la Duquesa pudiera obtener este Mayorazgo, y que no huviera embarazo que la pudiesse obstar al ingresso (como quiere persuadir) si en ningun caso le puede retener, de què la aprovecharà el adquirir? La impossibilidad de conservarlo patet; porque, ò le pretende para posseerlo junto con el Estado de Ossuna de el Duque su marido, y esto està resistido en las repetidas clausulas de ambas fundaciones, que explican la incompatibilidad, y prohibicion de ello, ò le pretende para posseerle solo, vsando de el derecho de la eleccion; y este assumpto es mas impracticable, y sin aprecio. Con que lo mismo es considerar esta materia, prout ex nunc, que se propone la inclusion, que prout ex tunc, aviẽdo succedido; pues avia de dimitir immediatamente, ò se le privaria de èl por la contravencion à los preceptos de sus fundadores, y se subsiguiera, que seria este juizio ilussorio, si se le adjudicasse el Mayorazgo, para privarle luego de su possession; lo qual no lo tolera la disposicion legal, *leg. cum alijs, 6. Cod. de curator. furios. ne crebra, & quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, & frequentèr tàm nascatur, quàm desinere esse videatur, leg. fin. §. vbi autem, Cod. de bonis, quæ liber. leg. cum in adoptib. C. de adoptionib.* (que dexamos yà prenotadas, aunque para otro intento) ex Molin. Mier. Lara, & alijs tradit D. Larrea *decis. 51. num. 21. & 22.*

308 Que no sea compatible el concurso de este Mayo-

razgo con el Estado de Ossuna; queda probado con evidencia en lo discurrido sobre este punto; y no es menos cierto que la Duquesa no le pueda elegir, para posseerle solo; porque como la incompatibilidad, no solo se causa en su persona, sino en la de el Duque su marido, en quien igualmente es gravoso el precepto de Apellido, y Armas; era preciso, que dexasse el Mayorazgo nativo de su Casa, para conservar este. Y esta dimission no se le propone al Duque, ni la han deducido sus Abogados, aunque han procurado adelantar (con increible empeño) la defensa, porque (además de ser el Estado de Ossuna Mayorazgo propio del Duque, y de su Casa) la grandeza de este, su opulencia, y crecidissimas rentas, le hazen sin comparacion mas estimable, q̃ el de Berlanga, q̃ (si bien ilustrissimo) se compone de muy pocos bienes, y rentas, y assi no cabe en lo racional creer, que el Duque discurrirà en trueque tan immoderado, desigual, y culpable.

309 Y quando el deseo de este Mayorazgo le inclinasse à tan imprudente, y arriesgada eleccion, tampoco puede ser tolerable en lo juridico, porque debiendo ser esta conforme à las decisiones canonicas, y reglas beneficiales, ò por estension de la *ley 7.tit.7.lib.5.Recop.* en vnas, y en otra està eficazmente resistida, respecto de que decretan, que ha de ser la eleccion justa, y prudente à arbitrio de buen varon, no con fraude, dolo, y en perjuizio de tercero interessado, resolviendo por nula con rigurosa expression qualquiera que claudique àzia estos defectos; y en la *ley 7.* se expressa por estas palabras: *El mejor, y mas principal, que èl quisiere escoger.* De suerte, que en la eleccion se atiende al mayor beneficio de el eligente; pero no se permite, que (olvidado de su conveniencia, por el dictamen de perjudicar al immediato) renuncie el Mayorazgo mayor, y mas principal; y en lo canonico se prohibe toda renuncia fraudalosa, *cap.1.de rerum permutat.in 6.* ibi: *Libere, ac sine fraude*; y es formal la especie, que contiene el *text. in cap. fin. de renunt. in 6.* en el qual teniendo vno la espectativa de el primer Beneficio, que vacasse en vna Iglesia; y estando proximo à vacar vno muy pingue, otro Prebendado, que posseìa vn Beneficio corto, lo renunciò, à fin de que el otro consumiesse su expectativa, sin lograr el mayor, que estava para vacar. Y se resuelve, que esta renuncia no puede obstar à el de la ex-

pec-

pectativa, para que en fuerça de ella obtenga, luego que vaque el Beneficio mas crecido, vt cum multis ex antiquis, & alijs tradit Barb. *in dict. cap. fin. num. 6.* Sarmient. *selectar. lib. 7. cap. 4. num. 3.* D. Solorç. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 6. num. 67.* Garc. *de benefic. part. 11. cap. 5. num. 101.* Gonç. *ad regul. 8. Chancel. in proœmio, §. 4. num. 81. leg. 1. §. penult. ff. si quis omiss. caus. testament.* his verbis: *Dolo autem malo, fecisse videtur, quominus possideat, qui ad alium transtulit possessionem per fraudem, vt legatarij, cæterique, quidquid in testamento acceperint, careant his, quæ sibi relicta sunt; leg. etiam 3. §. fin. ff. de bonis libertor. leg. octuaginta, 26. ff. eodem, leg. si patrem, 19. §. fin. ff. quemmadmod. servit. amitatur.* D. Valenç. *dict. cons. 83. à num. 106. & seqq.*

310 Por cuyas consideraciones en los mismos terminos de este pleyto exclaman contra la eleccion de el Mayorazgo mas tenue los AA. principalmente D. Paz *de tenut. cap. 57. num. 213.* à quien sigue transcriviendo sus palabras Rox. *de incompatib. part. 8. cap. 6. n. 17.* ibi. *Ideò primogenitus, si eligat ex Maioratibus minorem in redditu, seu valore, vel qualitate, vel minus principalem, nihil agit, nam ad arbitrium boni viri debet eligere meliorem, vel mediocrem, si æquales, sive æquæ principales concurrant, vel eiusdē qualitates, vel dignitatis, vel valoris, ita in individuo ad interpretationem, & verum sensum huius legis 7. in illis verbis:* En el mejor, y mas principal, &c. *tenet* D. Paz *de tenut. tom. 2. cap. 57. n. 213. in fin. & 214.* dum dixit: *Electio enim, quæ à lege 7. ei conceditur, non est libera, & absoluta, sed cum illa qualitate, vt fratri secundogenito alter Maioratus deferatur, ibi:* En el mejor, y mas principal que èl quisiere escoger. *Negat itaque lex facultatem minoris valoris Maioratum eligendi, cum absque fraude fieri nequeat. Certum enim, & verisimilius est, illum, qui ius habet eligendi, illud, quod sit melius, & non quod sit peius, eligere debere. Electio itaque à leg. 7. data, & concessa, & iuri, & rationi debet esse consentanea; videlicèt, quando primogenia sunt æqualia, vel vnum eorum est maioris valoris, minoris verò qualitatis; ita vt inter prudentes dubitari queat, quis ex istis melior Maioratus sit. Sed si primogenitus, electione abutens, minorem Moioratum eligat, electio non valebit, tanquam facta in fraudem, &c.* videndus etiam *ex num. 29. & seqq.* & ibi eius Add. Aguil.

311 Exorna esta misma doctrina, con la erudicion que acostumbra, hablando de las Encomiendas de las Indias, D. Valenç. en el lugar citado; y siguiendole D. Castill. *5. controvers. cap. 178. num. 16.* ibi: *Generaliter etiam non esse viam fraudi-*

dibus apariendam, comprobat Valenç. conſ. 83. num. 110. *& ſtendit etiam, ſi renuntiatio, quæ fuiſſet in tertij præiuditium, vtilitatem afferret renuntianti, & obiectioni cuidam, quod fraudem non facit, qui vtitur iure ſuo, vel gerit negotium ſibi vtile, ſatisfacit, num.* 114. *dicens: Quod id non procedit, quando vtilitas, quam quis tali modo conſequeretur, redundaret contra diſpoſitionem legis, aut teſtatoris, & ſimul in fraudem, & præiudicium tertij; prout ipi iure, & authoritate probat, & hæc quidem omnia ſunt admodum vtilia, & neceſſaria, & memoriæ tenenda adverſus eos, qui, cum vnum maioratum poſsident, vt ſucceſsionem alterius maioratus fratri ſecundo, vel alteri, impediant, dimittere ſolent maioratum, quem poſsident, ſive in favorem alicuius filij ſecundi, & aliquando primogeniti filij, aut filiæ, quem ſolum habent, renuntiare; his namque renuntiationibus, & fraudibus, obviandum eſt, &c. & cap.* 179. *num.* 9.

312 Y advirtiendo con mas formalidad todas las circunſtancias mas proprias de nueſtro pleyto, D. Larrea *deciſ.* 51. *num.* 20. reſuelve lo miſmo, his verbis: *Et multo melius id palam fit, ſi conſideres in maioratu incompatibili, quoties ei, cui defertur, electio datur, vt in dict. leg. 7. id reſpicere concedere electionem, vt qui duo primogenia habere poterat, id quod ei fuerit vtilius, habeat electione altero omiſſo, quod per incompatibilitatem non poteſt retinere. Si ergo quando maioratus incompatibilis cum alio ſucceſsio defertur, vel poſſidet illum primogenitus, qui in altero ſuccedere ſperat, conſiderari opporteret ius primogenituræ, vt duo maioratus cenſeantur, vt electio fieret: vt ſi ad electionem cogeretur, & iuxta quod naturale eſt ſuæ familiæ ſucceſsionem eligat, & ius quod in ſpe eſt patri ſuccedendi, ex regula ne aliena ſucceſsio propriæ anteponatur, leg. Iulianus, 26. in fin. principij, ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament. aut quia longè ditior fuerit maioratus patris, &c.* Segun eſto bien ſe vè, que en el Eſtado de Oſſuna, por Mayorazgo paterno, y proprio, por ſu grandeza, y copioſas rentas, lo ha de conſervar el Duque, y anteponerle al nueſtro, y otro qualquiera.

313 Digaſe, pues, el precepto de Apellido, y Armas expreſſado en la fundacion de eſte Mayorazgo, condicional, ò por modo, ſi en ninguna forma ſe puede cumplir por la Duqueſa, ni el Duque ſu marido, ſin contravenir al Mayorazgo, que poſſee de ſu Caſa? Si de eſto reſulta la formal prohibicion à eſta providencia, y el tranſito de la ſucceſsion en el ſiguiente proximo ſucceſſor? Si no ay poſsibilidad de ſatiſfacer el gravamen de Armas, y Apellido, y es calidad, que

abre

abre la puerta à la succesſion, por expreſſa voluntad de el que le funda? Si en eſtos terminos no le tolera la formalidad de la Authentica *hoc amplius*, y quando ſe practicaſſe, era preciſo, que por la contravencion ſe eſtableciesſe en la Duqueſa, deſpues de la pena de privacion eſtablecida? Por donde, ſin ofenſa notoria de tan conocidas reglas, ſe puede determinar lo que intentan los Duques en ſu demanda? Y como, ſin vulnerar la expreſſa voluntad de el fundador (que es la ley fundamental de ſucceder) ſe le podrà conferir eſte Eſtado, y Mayorazgo, privandole de èl al Condeſtable? Verdaderamente que no ſe dà, ni alcança medio, que ſupère eſtas dificultades, ni las clauſulas de la fundacion le ofrecen, y las diſpoſiciones legales lo impoſsibilitan.

314 Excitòſe por parte de los Duques otro diſcurſo para ſalir del eſtrecho en que les conſtituye la incompatibilidad, para que no pueda obtener la Duqueſa, y le reducen à dezir, que quando ſe confieſſe la incompatibilidad de eſtos dos Eſtados, y Mayorazgos, ſerà ſolo impeditiva de el concurſo de ambos en vn ſolo poſſeedor, y que oy no eſtamos en tales terminos, reſpecto de que ſon diſtintas las perſonas de la Duqueſa, y el Duque ſu marido; los quales poſſeeràn reſpectivamente cada vno el Mayorazgo que le toca, ſin que pueda conſiderarſe incompatibilidad en eſta forma, que no ſe practica, ni obra ſus efectos impedientes en diſtintas perſonas, y que las de marido, y muger ſe contemplan diverſas para eſte efecto; talitèr, que cada vno de los dos puede poſſeer Mayorazgo que ſea incompatible con el de el otro, ſin impedimento legal que lo diſuada; para lo qual ſe ponderò la doctrina de Roxas *part.* 4. *cap.* 3. *per tot.* y ſe añade, que los gravamenes de los fundadores ſolo tienen operacion en las perſonas de los poſſeedores, ſin poderſe eſtender à los eſtraños, que no tienen derecho à la ſuccesſion, como lo es el Duque, reſpecto de Juan de Tobar, y que por eſto fue nulo el que impuſo en ſu fundacion por defecto de poteſtad, *ex leg. ab eo, Cod. de fideicommiſſ. cum vulgat.*

315 Pero para la juſta ſatisfaccion de eſte medio ſe debe notar, que la queſtion de nueſtro pleyto, no es de dos Mayozgos incompatibles, en que poſſeyendo vno el marido, ſolo tiene, para adquirir el que pertenece à ſu muger, el embarazo de conjunta perſona, y la individua comunicacion

de ſus bienes, que le concede el derecho, que fue ſola la duda que moviò à Roxas en eſta diſputa, y los terminos formales en que reſuelve no aver incompatibilidad, porque real, y verdaderamente es la muger la poſſeedora legitima de el que ſe le difiere, *videndus num.* 14. *ex leg.* 3. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.* y ſolo adquiere el marido el vſo, y adminiſtracion de ſus frutos, y rentas, *leg. dotis* 8. *leg. quamvis* 78. *in fin. ff. de iure dotium*; Barboſ. *in leg. dotalem* 62. *ff. ſolut. matrimon. ex num.* 3. *& ſeqq.* ſin comunicarle efectiva poſſeſsion, neceſſaria con preciſion à cauſar la incompatibilidad. La doctrina de Roxas pudiera ſer de embarazo à la pretenſion de el Condeſtable, ſi Juan de Tobar en la fundacion de ſu Mayorazgo ſe huviera contenido en ſu precepto de Armas, y Apellido al poſſeedor, que le gozaſſe, ſin otra eſtenſion, ni recomendacion; en cuya hipoteſi con que las traxeſſe, y vſaſſe ſola la Duqueſa, parece eſtava ſatisfecha la voluntad; pero no es eſto lo que diſpuſo el fundador, ſino que zeloſo de la memoria de ſu linage, en la poſteridad, y con el cuydado, y fin de conſervarla con la fundacion que executò, gravò, no ſolo à la hembra poſſeedora que fueſſe de ſu Mayorazgo, ſino con igual preciſion à ſu marido, en quien quiſo la miſma atencion de el vſo de ſus Armas, y Apellido, con la pena de privacion (en caſo contrario) que tan manifieſtamente reſulta de la clauſula referida. Y en eſtos terminos no habla Roxas, y pudo con ingenuidad afirmar no aver viſto Autor alguno, que indulte al marido de el preciſo cumplimiento de eſte precepto, ni aſſegure à la muger la ſucceſsion, quando aquel no le puede ſatisfacer por impoſsibilidad, ò por otro accidente; antes la razon legal, y reglas admitidas con general aſſenſo de los Autores, perſuaden con eficacia lo contrario en eſte caſo.

316 Para lo qual ſe ſupone por indubitable, que en la ſugeta materia de ſucceſsiones de Mayorazgos, y otros bienes, es la regla mas poderoſa, fuerte, y atendida la voluntad del fundador, porque eſta es el norte que las govierna, y dirige, y la que dà leyes à la ſucceſsion. Y como todas las demàs ſe encaminan à embeſtigar anſioſamente eſta voluntad, ſon ocioſas, y ſin operacion, ni fuerça, quando conſta de ella por notorias expreſsiones, *ex iurib. vulgat. in Authentica de nunpt.* §. *diſponat, itaque de reb. ſuis, & erit lex, collat.* 4. *leg. in conditionibus primum locum, ff. de condit. & demonſt. leg.* 40. *Taur. Salvo ſi otra*

co-

cosa estuviere dispuesta por el fundador; cum multis Molin. *de prim. lib.* 1. *cap.* 2. *num. fin.* Rox. *de incompatibilitat. part.* 1. *cap.* 8. *num.* 31. con admirables palabras, ibi: *Quia eodem modo, quo voluntas Divinæ Providentiæ facit ordinem in Astris, ita voluntas testatoris, seu institutoris facit ordinem in succedendo*; quam plures Aguila ad Rox. *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 307.

317 En cuya virtud, y consideracion, aunque la proximidad se regule respecto de el vltimo possedor, D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 9. *per tot.* cede esto à la notoria voluntad de el fundador, que dispone lo contrario, Add. ad D. Moln. *dict. cap.* 9. *num.* 3. sic: similiter licet non detur transitus ad lineam postergatam, vsque dum in totum se evacue la de el possedor, D. Mol. *lib.* 3. *cap.* 5. *& ibi Add.* tambien esto cessa ex contraria voluntate disponentis, Castill. *controvers.* 5. *cap.* 91. *ex num.* 70. Rox. *part.* 3. *cap.* 4. *num. fin.* Y à este assumpto se pudiera dàr infinito numero de exemplos, y doctrinas, si la innegable, y vulgar certeza de la que fundò, no me acusara qualquiera mas cuydadosa exornacion.

318 Pero de todo ello resulta en lo individual de nuestro caso, que las condiciones, penas, y gravamenes, y demàs providencias puestas en la fundacion, son precisamente validas, y obligatorias, respecto de las personas à quien se dirigen, y las sugetan à las penas de contravencion, sin otro reparo que el de averiguar si la condicion es honesta, justa, y razonable; porque solo aquello que se opone à estos atributos, mandando alguna cosa torpe, inhonesta, y contraria à las buenas costumbres, puede escusarles la obligacion de cumplirla con exacta puntualidad; y fuera de estas, las demàs son con tal recomendacion atendidas, que el hecho de no observarlas, causa forçosa privacion de el Mayorazgo, *leg.* 2. *de his, quæ pœnæ nomin. leg. Mevius,* 55. *leg. qui hæredi,* 44. *ff. de condit. & demonstrat. leg.* 1. *ff. de condit. institut. leg. facta,* 63. *§. si dandæ,* 8. *ff. ad S.C. Trebel.* D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 31. ibi: *Quæ videtur quædam successionis ademptio, & in alium translatio in pœnam facta. Eaque pœnæ appositio cum iusta, atque conservationi ipsorum Maioratuum conveniens sit; proculdubio ad vnguem servanda erit, &c.* Et ibi: *Ideòque in casu de quo agimus leges de ademptione, & translatione legatorum, vel de quibuscumque alijs rebus, quæ sub pœna præcipiuntur, loquentes ad Hispanorum primogenia, hac distintione præmissa, deduci poterunt, quod optimè in primogenis loquens considerat,*

Pa-

Parif. dict. conf. 19. num. 134. lib. 2. vbi latissimè prosequitur materiam. Et amplius *num.* 34. ibi: *Secundum est leges, seu conditiones possibiles, iustas, atque honestas, proculdubio à Maioratuum successoribus præcisè servandas esse, sive in contractibus, sive in vltimis voluntatibus apposite fuerint, sive conditiones ipse potestativæ casuales, sive mixtæ sint; aliàs autem illas non servantes, Maioratuum successione privandos esse, &c.*

319 Y en propios terminos de precepto de Apellido, y Armas resuelven su preciso cumplimiento todos los Autores, que acordamos al principio de este Discurso, en la misma forma que le previno, y decretò el fundador, estimandole tan necessario, è indispensable en su observancia, que qualquiera defecto de esta le califican por motivo justo de la privacion, y transito al siguiente en grado; y ademàs de lo hasta aqui fundado, acuerdo por formal el lugar de Castill. *controvers. cap. 136. num. 73.* ibi: *Cum certum, manifestumque sit, quod præceptum huiusmodi delationis Nominis, & Armorum, ab institutore Maioratus successoribus iniunctum, præcisè servari, & ad adimpleri debeat, idque quam primum possessores posint; aliàs, quod successione priventur, in quo vnanimiter conveniunt omnes iuris interpretes, qui hactenus in proposito sermonem instituunt, & qui statim commemorantur, nec vllus dissentit, & eruditè, vt assolet à notavit Molin. lib. 2. de Hispan. primog. cap. 14. ferè per tot. & maximè n. 10. & 23. vbi inquit, quod hæ leges, seu conditiones, quæ Nominis, atque Armorum delationem contingant iustissimæ censeri debent, & à successoribus præcisè servandæ; aliàs autem Maioratuum successione privabuntur ex leg. facta, &c.*

320 Yà se colige de estos antecedentes, que conspiran à la observancia de lo dispuesto por Juan de Tobar, la ineficacia de la propuesta alegacion en contrario; porque aunque confiesso, que el marido puede posseer Mayorazgo incompatible, con el que pertenece à su muger; & è contra, quando no ay singular prohibicion; pero aviendola, tiene en ella formal resistencia de voluntad la adquisicion. Y con la contenida en la fundacion de Berlanga, que con tan expressivas palabras es comprehensiva de el Duque, y por todos medios tan eficàz, y forçoso su cumplimiento, no puede aver justificado motivo para admitir la succession de la Duquesa en tan manifiesta contravencion de la voluntad, que explicò el que erigiò los bienes en Mayorazgo.

Esta

321 Esta consideracion no es tan nuestra (si bien los motivos, que asseguran su cierta, y absoluta firmeza, la acreditan autorizada) que no la asienta formalissimamente el mismo Roxas, vnico valedor de la contraria; pues refiere entre los fundamentos que la pueden disuadir, lo establecido en las Encomiendas de Indias; en las quales (que por su naturaleza son incompatibles en vn posseedor) està admitido, que sea embarazo al marido, para obtener otro por sì, lo que possee su muger, y al contrario, D. Solorç. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 5. num. 79. & cap. 18. num. 1. & in politic. lib. 3. cap. 20. in princip. ex leg. 7. tit. 11. lib. 6. Recopilat. Indiar.* y tratando satisfacer à este argumento de paridad *dict. part. 4. cap. 3. num. 22.* dize, que aquello se observa en fuerça de la expressa constitucion, y ley, que lo establece, y decide, ibi: *Nos tandem turbare non debet, quod diximus de Indorum Commendis, ex D. Solorç. tom. 2. cap. 5. à num. 79. & cap. 18. n. 1. & in politica, lib. 3. cap. 20. in princip. vbi ex eo, quod incompatibiles sint duæ Commendæ Indorum apud vnum, si vxor habeat aliam, debet maritus dimittere vnam ex duobus propriam; scilicèt, vel vxoriam, nec vtramque retinere potest, vnam iure proprio, & alteram ex cap. vxoris, quia respondeo, quod hoc specialiter est provisum à Rege, vel lege in illis Commendis, &c.*

322 Yà Roxas nos manifiesta en su sentir, que discurriendo por reglas comunes de Derecho, no juzga embarazoso el concurso de dos Mayorazgos (quanto quiera que en sì sean notoriamente incompatibles) en vna Casa, por las dos personas de marido, y muger, porque no la estimò rigurosa vnion, à que pudiesse obstar la incompatibilidad; y porque contemplò, que esta, como disposicion odiosa, exorbitante, y contraria à la prelacion, que concede el Derecho al primogenito, se debe entender en el mas limitado correctorio sentido, *leg. 1. ff. de condit. insert. leg. numptura, ff. de iure dotium,* Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 32.* optimè Cardin. de Luc. *de fideicom. discurs. 13. num. 10. Quoniam cum de iure, vt infrà regulariter non ad sit incompatibilitas optinendi plures Maioratus, in quibus primogenitus eo ipso habere dicitur pro se regulam, ac intentionem fundatam, ius autem secundogeniti constat in limitatione fundata in certa qualitate, hinc proinde talis limitatio, quæ in dubio non præsumitur, formiter probanda, seu firmanda est, vt ex inde resultet effectus præiuditialis habenti pro se regulam, &c.*

323 Sed cum adest voluntas, ò disposicion, con providencia singular à este caso, no pudo Roxas negarle su justa operacion, rindiendose à confessar, que esta debe prevalecer superior à las reglas comunes de succeder, y por ella decretarse precisa la incompatibilidad, como la reconociò con este fundamento en las Encomiendas de Indias, de que se hizo memoria, y lo dixo expressamente su Add. D. Fernando del Aguila *dict. cap. 3. num. 20.* his verbis: *Nisi aliter à contrahentibus, vel donatarijs provisum sit.*

324 Atiendase, pues, (con alguna reflexion à las clausulas) para encontrar en la fundacion de Juan de Tobar esta expression de voluntad, y se hallarà prevenido con tal individualidad este caso, que no puede ser mas clara su decition; pues grava expressamente con el vso de sus Armas, y Apellido, à la Duquesa posseedora, y al Duque su marido, à quienes priva de la succesion en otra forma, y la difiere al immediato (como està repetido) en que substancialmente estableciò, que si la hembra posseedora casare con quien no pueda traer las Armas, y Apellido de Tobar, pierda el Mayorazgo, y passe al siguientente successor. Este es el concepto que se deduce claro de la clausula, y esta es la disputa de el pleyto; porque el Duque se halla impedido (con la fundacion de su Casa) de juntar à sus Armas, y Apellido de Girones, ningunas otras, ni Apellido. Y si al de Tobar es acreedora esta fundacion, que pide esta calidad precisa para succeder, y sin la qual no se puede practicar; por donde puede ser succesible la Duquesa, ni obtener lo que intenta, sin que se falte à las reglas mas fundamentales, y ciertas, que se conoce en las succesiones? Y sin controvenir inescusablemente à la misma fundacion, en què se incluye? Y como se podràn tolerar sin desprecio juridico sus ponderaciones, à vista de vna voluntad clara de el fundador, que las resiste? A la qual conceden el superior influxo aun los Autores, que mas la pudieran alentar con sus resoluciones.

325 Vltra de que el que sean diversas personas (à que yà dexamos satisfecho por medios muy juridicos) se responde con otro de igual convencimiento à el asserto reparo, advirtiendo, que esta incomparibilidad no se deduce de voluntad, que expressamente prohiba el concurso de estos dos Mayorazgos (y pudiera ser, como notamos, satisfaccion al con-

concepto de el Conde Vreña, que quiso apartar su Mayorazgo de qualquier otra Casa titulada) sino que se arguye virtud de la imposible concordancia de los gravamenes de Armas, y Apellido, que contiene vno, y otro. Estos son los que causan la incompatibilidad; porque con el de la Casa de Ossuna, tan riguroso, y negativo, que no sufre mezcla de algunas otras Armas, y Apellido, que solos sus Girones, no es composible la atencion à las de Tobar, y al vso de este renombre, que ordenò su fundador; lo qual causa forçosa incompatibilidad de los Mayorazgos en el comun sentir de los Autores, que yà van citados.

326 Con que el que estos dos preceptos sean incompatibles, nadie lo puede dudar, ni tampoco el que ambos se dirigen à la persona de el Duque, en quien es preciso concurran las Armas, y Apellido de estas dos familias; vnas, porque son las nativas de su Casa, y rigurosa precision de su Mayorazgo; y otras, porque Juan de Tobar le quiso atento à renovar las suyas, y su Apellido; y sin este requisito apartò de la succesion de Berlanga à la Duquesa su muger; ergo (por lo mismo que oponen los Abogados de la Duquesa) si la incompatibilidad consiste en el concurso de dos disposiciones contradictorias, y en que estas se dirijan (por dictamen de sus fundadores) à vna misma persona, en què les sufraga el comun sentir de los Autores? Si en el Duque de Ossuna ha llegado el caso de esta imposible concurrencia, por ser quien debe por sì satisfacer los gravamenes de vna, y otra fundaciõ en el particular de Armas, y Apellido, como se puede dexar de confessar (por el influxo mismo de sus ponderaciones) que es caso notorio el de este pleyto de incompatilidad inescusable? Si la satisfaccion de los preceptos que le causan pende de el Duque solo, por donde se puede ponderar para excluìrla la diversidad de personas, queriendo con violencia de las clausulas divertir en las de el marido, y muger la obligacion à vnas, y otras providencias? Si Juan de Tobar limitàra el vso de sus Armas à la hembra posseedora, fuera eficaz el argumento; pero si quiere al Duque con esta atencion quo iure, se podrà afirmar contra voluntad tan expressa, que no ay en su persona la mas embarazosa incompatibilidad.

327 No es consideracion artificiosa (como en contra-

rio se quiso dezir) sino propriedad legal, hablar con estos terminos. Y el extraviarlos à las reglas de contravencion, como se intentò con violencia por los Abogados de la Duquesa, està mas expuesto à la censura legal, y à la resistencia de derecho; porque la contravencion supone proprio hecho de el posseedor, como es notorio, y sus defensas mismas publican, que la Duquesa no ha contravenido, ni contraviene. Mas prescindiendo de estos discursos, y suponiendo (sin ofensa de la razon) que no huviera incompatibilidad legitima, en el caso de esta disputa se avria de confessar à lo menos impropia, è irregular, que basta à causar los efectos impedientes en la Duquesa. Y lo que no se puede negar, es, que este precepto de Juan de Tobar sea vna qualidad, y condicion al Duque, como se pudiera poner à otro tercero, *ad text. in leg. si ita fuerit, 13. ff. de manumis. testament.* & notata per D. Cresp. *obseruat. 22. num. 75.* lo qual no se ha cumplido, ni puede en manera alguna satisfacer, en que no solo se muestra el defecto, sino que se manifiesta impossible el modo de suplirlo. Y en estos terminos, que la condicion, ò modo se ha reducido à vn impossible cumplimiento por el hecho de el interessado, ò por otro accidente; nadie duda, que caduca en su persona el llamamiento, y institucion, ò legado, *leg. 2. §. si sub conditione, ff. de bonor. posses. secund. tabul. leg. 1. ff. de his, quæ in testament. delentur*, ibi: *Non tàm adempta, quàm non data hæreditas videtur, leg. 1. leg. hæc conditioso, leg. ex facto, 60. leg. ab ea, 77. §. Titius si mulier, ff. de condit. & demonstr. leg. 14. tit. 4. part. 6.* post antiquiores videndus D. Mol. *lib. 2. cap. 12. num. 4. & 18. & 19.* Gomez *lib. 1. variar. cap. 12. num. 68.* vbi Ayllon D. Valenç. *cons. 2. à num. 72.* D. Joseph Vela *disert. 7. num. 8. & sequentib.* Barb. *vot. 126. à num. 52.* D. Salg. *in labyrint. part. cap. 44. num. 89.*

328 Menos apreciable es el assumpto de querer persuadir al Duque totalmente estraño, para que en su persona no puedan producir efectos obligatorios los gravamenes de el fundador, quando la calidad de marido de la Duquesa, que le constituye tan de la familia, que se dudò si era el verdadero posseedor, con los fundamentos de derecho, que junta el mismo Roxas, *dict. cap. 3.* y en quanto à los honores, titulos, y dignidades, por sola esta vnidad se resuelve sin controversia la reciproca comunicacion; de suerte, que con tanta propiedad se llamarà el Duque Marquès de Berlanga, constante el

ma-

matrimonio; y gozarà sus honores, como su muger de los de Duquesa de Ossuna. Y aunque la notoriedad de esta proposicion, en nuestroReyno, està frequentemente publicada con la practica, no tiene menos credito en las leyes de Partida, 1. *tit.* 1. *part.* 2. cum alijs per D. Oleam *de cession. iur. tit.* 3. *quæst.* 3. *à num.* 33. D. Salc. *in Theatr. honor. glos.* 12. *& glos.* 33. §. 4. ademàs, que en lo discurrido hasta aqui, queda concluyentemente satisfecho este reparo.

329 Y se añade, para mayor exclusion de èl, y que el gravamen fue valido, el que el fundador no gravò directamente al Duque, si bien quiso en su persona el cumplimiento de la condicion, como la pudo dirigir à otro tercero (ex iam dictis) y si admitimos sus expressiones en el sentido generico, y natural, vt consuluit Carleval *de iudicijs, tit.* 1. *disput.* 5. *num.* 26. D. Cast. 4. *controvers. cap.* 39. *à num.* 1. (abstrayendo de otras capciosas interpretaciones) solo explican (como llevamos dicho) vn precepto à la posseedora, para que case con varon, que sin embarazo pueda conservar en las Armas, y renombre de Tobar, la representacion de esta Casa, y memoria de su fundador. En cuyos terminos todas las condiciones limitadas à personas señaladas, en que se difiere, ò niega la succession, à la que casare, ò no casare con tales personas, son licitas, y sumamente justas, y por legitimas las dà el Derecho, y Autores, maximè quando de su cumplimiento se adquiere algun interès à la causa publica, como le logra (en nuestro caso) con que no se olviden, ni confundan las Casas, y familias Ilustres, *vt ex leg. sed si hoc, §. cum vir, leg. cum ita legatur, leg. pater Severinam filiam, ff. de condit. & demonstr.* tradunt antiquiores, & post eos Menoch. *cons.* 1081. *num.* 4. Sanch. *de matrim. lib.* 1. *disput.* 33. *num.* 7. D. Covarr. *de sponsalib. part.* 2. *cap.* 3. §. 3. *num.* 7. D. Cast. 5. *controvers. dict. cap.* 126. *&* 127. *per tot.* Roxas vbi supra, & omnes commulati per eius Add. Aguil.

330 Otro inconveniente se quiso ponderar por los Abogados de la Duquesa, que le figuran en el caso de dissolverse el matrimonio, diziendo, que pudiera la Duquesa privarse de ambos Mayorazgos, sin alguna contravencion suya à las referidas clausulas, y gravamenes; pero este no es de mayor eficacia, que los otros motivos; porque abstrayendo de la poca estimacion, que en la disposicion legal tienen los

argumentos ab inconvenienti, contra la decretoria voluntad de el testador; pues (en cierto modo) es sindicarsela, y reconvenirle por la razon de sus actos, que dependen mas del arbitrio, que de otra consideracion, por lo mucho que interessa, y logra el que pone en practica los dictamenes de su voluntad: advertencia, que fue de el señor Molin. *de maioratib. in præfat. num. 3.* en cuya atencion toleran las leyes las imprudencias, è inconvenientes, è irregularidades, por no alterar en nada las ordenes de el que funda. No puede llegar el caso de privar à la Duquesa, respecto de que nunca se puede contemplar posseedora, por el impedimento de adquirir, que se reconoce, y hemos fundado. Y faltando este supuesto, no ay privacion, ni se descubre el agravio, que tanto se aclama por sus Abogados.

331 Compruebase esto con la incompatibilidad, no solo obsta al actual concurso de ambos Mayorazgos en vna persona, sino que causa tal embarazo en ella, que no le permite formar linea de succesion, en quien se difiera el que no puede retener, *ex cap. 1. de succes. feudi*, D. Larrea *decis. 51. à num. 24.* ibi: *Et patet, quia ex maioratu incompatibili inventur impeditus, vt in alio delato succedat, non potest lineam quo ad illum constituere, quia non tàm ab eius successione exclusus videtur, quàm non admissus; argumento leg. 1. ff. de his, quæ in testament. delent.* ibi: *Non tàm adempta, quàm non data hæreditas videtur.* Bart. *in leg. commodissimè, num. 10.* & ibi Aretinus *ff. de liber. & posthum.* Signerol *cons. 227. præterea eventus, & capacitas succedendi semel lessa remanet, lessa ad alios actus, qui ex illa proficisci possunt*, vt notabiliter tradit Bart. *in leg. cum pater, §. libertis, n. 1. de legat. 2. aliàs foret absurdum, qui vt primogenitus exclusus, nec lineam constituere possit, alijs præbeat, id est, filijs, succedendi capacitatem, & lineam constituat*, Cast. *controvers. 5. cap. 178. num. 15. & sequentib.* & cum multis Pegas *de maioratib. num. 30.* Lo qual manifiesta la imposibilidad de adquirir; y teniendo esta la Duquesa, respectiva al Mayorazgo de Tobar, en ningun caso, que sobrevenga, puede experimentar el agravio de que se rezela.

332 Era necessario en la Duquesa (al tiempo que se causò la vacante de este Estado, y Mayorazgo) hallarse assistida de la calidad con que se estableciò la succesion, para que se radicasse en su persona, y pudiesse la ley obrar en su conveniencia los efectos translativos de possesion, por la regla-

gla de la *ley interVenit*, 24. *de legat. pæſtand.* y lo que funda D. Mol.*lib.*1.*cap.*3.*n.*36.*& ibi Add.*y reſpecto de que entonces la faltò eſta prerrogativa, por la inaptitud de ſatisfacer à la voluntad de Juan de Tobar en el vſo de ſus Armas, ocaſionada del caſamiẽto con el Duque, obrò la velocidad de la ley, governada de la providencia dada por el fundador, transfiriendo la poſſeſsion en el Condeſtable, como pariente mas cercano, y ſucceſſor immediato, en quien ſe halla radicada; en lo qual no ſe privò à la Duqueſa de ſucceſsion que la pertenecia, ſi ſolo ſe diò tranſito à otro por la inhabilidad de ſucceder, en que ſe avia conſtituìdo. Y en eſte ſupueſto, ni la calidad que la ſobrevenga, puede reſucitar el derecho caducado, ni hazer que retrograde la ſucceſsion radicada en otra linea, ad latè tradita per Caſtill. 3. *controVerſ. cap.*15. *ex num.*2. *& ſequentib.& cap.* 91. *tom.* 5. D. Mol.*lib.* 3. *cap.* 10. *per tot.* ni ay el inconveniente que ſe publica, ni quando le confeſſemos importarà mucho contra lo literal de la fundacion.

333 Diſcurriòſe tambien por parte de los Abogados de la Duqueſa en ponderar, que la clauſula de el Mayorazgo de Juan de Tobar habla con la hembra que ſe caſare; y que eſte modo de diſponer no puede ſer comprehenſivo de la Duqueſa, que eſtava caſada, quando por muerte de el ſeñor Don Iñigo Melchor ſu padre, ſe causò la vacante de eſte Mayorazgo, arguyendonos no la poder obſtar la diſpoſicion; cuyo diſcurſo ſe quiſo autorizar con los lugares de Cephal. *conſ.* 133. y del ſeñor Molina *lib.*2. *cap.*3. *num.*16. y Roxas *part.*3.*cap.* 3. en ſupoſicion que diſputaron, ſi la condicion de caſar con perſona noble, comprehendia à la hembra, que ſe hallava caſada (con quien no tenia eſta calidad) al tiempo de vacar el Mayorazgo.

334 Y por quanto eſte diſcurſo ſe armò ſobre la fabrica de eſtas doctrinas, la reſpueſta ſe deſempeña à manifeſtarlas con fidelidad, y en ellas miſmas ſe hallarà la mayor razon de el Condeſtable, y mas cierto convencimiento de el artificio, ò equivocacion con que ſe ponderaron. El ſeñor Molina, que refiere, y ſigue à Cephalo, ſupone la condicion de caſar con perſona ſeñalada, quien aya de poſſeer el Mayorazgo por precepto de ſu fundacion; y que vacando eſte, el immediato à quien pertenecia, ſe hallava (aunque caſado antes en contravencion de eſta clauſula) viudo, y en eſtado de cumplir la

voluntad, y se allanò à casar con quien el fundador avia prevenido. Pregunta, pues, si succederà, y se entenderà satisfacer à la condicion? Y resuelve, que si (como antes lo enseñò Cephalo) ibi: *Non enim à Maioratus succesʃione excludendus erit ex eo quo antea cum alia contraxerit, si tempore delatæ succesʃionis iam prima mulier defuncta sit*; y dà immediatamente la razon: *Cum conditiones semper tempus mortis præcedentis possessoris, atque delatæ succesʃionis respiciant*. Y como al tiempo de succeder tenia aptitud de cumplirla, y se ofreciò à ello sin reparo, no puede el anterior impedimento frustrar el seguro derecho de successor. Siguen esta opinion los Add. admitiendo la contraria quando el immediato, post delatam succesʃionem, contravino à la voluntad del fundador en el casamiento, *dict. cap. 13. cum multis quos referunt*, ò quando en el primero matrimonio persevera al tiempo de succeder.

335 Este es el caso de la disputa que trataron estos Autores, y estas las firmes resoluciones que publican, y se encuentran literales en su contexto, y contrahidas à la duda precissa de este pleyto, no alcançamos el modo de aplicarlas al intento de la Duquesa; porque nada dizen menos, que indultar à la hembra (casada al tiempo de la succesʃion contra la forma prescripta en ella) de la pena de privacion, con que el fundador quiso gravar las transgressoras de su precepto; antes son formalmente contrarias à este assumpto, en quanto fundan ser precisa la aptitud de cumplir el gravamen al tiempo que se difiere la succesʃion, y que se dà transito al immediato, existiendo à este tiempo formal impedimento.

336 No ay que admirar la estrañeza con que se quiso en contrario ponderar los Autores antes referidos à vista de el lugar de Roxas, que se alegò con la misma seguridad, siendo formalmente opuesto al discurso que se formò en favor de la Duquesa, y con tan notable expresʃion de nuestra parte, que pudieramos consentir se votasse por èl este pleyto; porque resuelve constantemente, que el successor immediato à el Mayorazgo, casado contra la forma prevenida por el fundador, al tiempo que se causò la vacante, està comprehendido en la privacion que se ordenò con el que casare sin esta atencion, *videndus ex num. 13.* y en el *num. 14.* con palabras mas proprias de nuestra disputa, dize: *Ratio est, quoniam causa finalis apponendi in institutione dictam conditionem comprehendit, tàm*

an-

antea coniugatos, quam posteà coniugandos, cum sit ad conservandos successores, & familiam institutoris in sua puritate sanguinis immaculati, Mieres *part.1.quæst.52.num.26. &* 48.

337 Qual fuesse la causa final que governò la voluntad de Juan de Tobar en el gravamen de Armas, y Apellido, impuesto à las hembras successoras de su Mayorazgo, y à sus maridos, lo final de su clausula nos la manifiesta, ibi: *E toda via quiero, y es mi voluntad, que el que tuviere, y heredare los dichos Heredamientos, y Mayorazgo, que se nombre, è llame de el dicho Linage, è Apellido de Tobar, y trayga, y tenga sus Armas, ora las herede, è aya por sì principalmente, ora por razon, ò causa de su muger.*

338 El deseo de perpetuar la memoria de sus Armas, y Apellido en todos los posseedores, fue el que dictò al fundador esta providencia. Y esta razon, y causa final comprehende igualmēte à las hembras casadas con quien no puede satisfacer à esta calidad, y à las que se casan despues con el missmo impedimento, como en su caso considera doctamente Roxas.

339 Prosigue este mismo Autor, y en el *num.*15. siguiente, se haze cargo de vn argumento, que tambien se hizo por los Abogados de la Duquesa, por estas palabras: *Nec ei successori prodest si alleget, quod si tempore, quo matrimonium contraxit scivisset, aut præsumere potuisset, illam institutionem, aut vocationem sub dicta conditione, quæ postea supervenit, & quod eveniret casus suæ successionis, non contraxisset, nisi cum alia persona ex præmissis ab institutore. Et cum tempore delatæ successionis reperiatur impeditus, nec vllo modo possit implere conditionem, gravamen debet haberi pro impleto, quia iam non stat per eum, & absque contraventione privari non debet, immo admitti, &c.* Y despues de esforçarle con viveza en este numero, y el siguiente, responde satisfactoriamente en el 17. & 18. ibi: *Nihilominus enim respondetur, quod cum in conditionibus maximè atendi debeat tacita, vel expressa voluntas institutoris, quæ conditiones regit; leg. hæc conditio,* 10. *leg. in conditionibus,* 19. *quæ loquitur in casu nuptiarum, ff. de conditionib. & demonstrat. & in casu nostro militet præsumpta voluntas, quæ coligitur ex causa finali apponendi talem conditionem prohibitionis, & incompatibilitatis: Certum est excludi, tàm antea coniugatum in vita institutoris, vel ante delatam successionem, quàm qui postea contraxit cum persona prohibita. Nam vterque æqualiter in mente institutoris, tamquam contraveniens iudicari debet, atque ita excludendus à successione,* Menoch.

*conſ.*413.*Matute diſquiſit.legal.*36.*per tot.quos,& alios refert Aguil. Add.ad dict.cap.*3.*ex num.*140.

340 Por eſtas doctrinas quiſieron los Abogados de la Duqueſa hazer fundamento, para ponderar, que por eſtar caſada con el Duque de Oſſuna, quando muriò el ſeñor Don Iñigo, y vacò eſte Mayorazgo, no la comprehendia el gravamen de Apellido, y Armas, dirigido ſolo à las hembras, que hallandoſe libres en el tiempo de la vacante, ſe caſaron deſpues con perſona, que no le podia ſatisfacer, ſed tantum ab eſt, que los DD. con que quiſieron comprobar es concepto lo digan, y afirmen, quod imò potius, ſin mas ponderaciones, que aver exhibido ſus doctrinas, queda deſarmada la defenſa, y manifieſto ſer favorable à la pretenſion del Condeſtable, en los terminos formales que ſe citaron; y en el miſmo ſentir conteſtan Paul.Pariſio *conſ.* 17.*per tot.* Mier. *de maiorat.part.*1.*quæſt.*5.*num.*72.*& quæſt.* 51.*n.*405. & alij quos refert Add.ad Rox.*dict.cap.*3.*num.*26.

341 Dixoſe, y ſe procurò fundar aſsimiſmo, que la Duqueſa ſatisface al precepto de Apellido, y Armas, con traer las de Tobar, y vſar de eſte renombre, como lo executa por sì; y que eſto la baſta para quedar libre de la pena de privacion, que impuſo Juan de Tobar en eſte Mayorazgo, à quien no lo cumplieſſe, porque no eſtà en ſu arbitrio diſponer al Duque al miſmo cumplimiento; ni la contravencion de eſte (à que le preciſa el Mayorazgo de ſu Caſa) puede perjudicarla, ni alterar el derecho de ſucceder, que la comunican los llamamientos, reſpecto de ſer hecho, que depende de tercero; el qual no influye en la adquiſicion, ò privacion de las herencias, y legados; y ſe pretendiò probar, acordando la eſpecie, y deciſion de los textos, *in leg.pater familias*, 44. *de hæredib.inſtituend. leg. Lutius Titius*, 123.*ff. de legat.* 1. y otros, en que ſe ofrece la eſpecie de dos herederos inſtituìdos por Titio, *ſub ea conditione, ſi monumentum facerent*; y que aceptando vno la herencia, y cumpliendo por ſu parte la fabrica de el monumento, ò ſepulcro, ſe dudò ſi ſe le adquiria toda la herencia, ò le obſtaria en alguna parte la contravencion de el heredero; y ſe reſuelve deber ſucceder en todos los bienes, reſpecto de aver cumplido integramente por ſu parte la condicion.

342 Lo reſuelto en eſtos textos, y deciſion mas expreſ-

pressa de la *ley pater familias*, determinò no ser adaptable al caso de este pleyto, porque en ellos se previene vna condicion capàz de cumplirse, por qualquiera de los dos herederos, à quienes se dirigiò, y en ella mas atendiò el testador al efecto, que al modo de satisfacerla; y lograndose integramente la fabrica por el vno, se habilitò con seguridad à la adquisicion de toda la herencia, à que contribuyò la abstension de el coheredero; lo qual no consiguiera, limitando el cumplimiento à la parte que podia corresponder à su porcion, sic eleganter advertit Acurs. *in gloss. dict. leg. verb. Monumentum*, his verbis: *Totum, nam si pro parte, non sufficit, licèt secus sit in conditione, quæ dividi potest, vt quæ consistit in danda pecunia, vt ff. de conditionib. & demonstrationib. leg. penult. & leg. cum tale, §. fin. leg. si plures, Cod. de conditionib. insert. &c.* conducit Gom. *variar. 1. cap. 12. num. 33. in fin.* vbi Ayllon, cum plurib. pro ista opinione optimè Gratiano *tom. 3. disp. 393. à num. 4.* Capon. *tom. 1. discept. 63. cap. 2. num. 2.*

343 Y con mas elegancia Cujacio, que contemplò mas profundamente la decision de este texto, y variedad con que resuelven la misma duda Pomponio *in leg. tales, 112. ff. de conditionib. & demostrationib.* y Julian. *in leg. si quis ita, 13. §. 2. ff. de statu liberor.* y otros concordantes en la repeticion *ad dict. leg. tales*, y en la que hizo à la misma *ley Pater familias*, 44. (para conciliar la sentencia de Alpheno en este texto con los demàs Jurisconsultos) que no se ha de estimar tan absolutamente al coheredero tan independente de el cumplimiento, ò contravencion de el que fue con èl instituydo, que ni le puedan obstar, ni aprovechar sus operaciones, antes bien se ha de afiançar la mas cierta resolucion de esta duda en la prudente, y cuydadosa reflexion à la voluntad de el testador, decretando, que es preciso el adimplemento de ambos, quando ay expression que lo persuada; y al contrario, siempre que el fundador le insinùa en favor de qualquiera de los dos que satisfaciere la cōdicion. Y porque este concepto le explica con mas claridad Vlp. *in leg. si ita fuerit, 13. §. 1. ff. de manum. testam.* refiere sus palabras: *Idem quæri potest* (dize) *& si fabris duobus, vel pictoribus, si membrū depinxissent, vel fabricassent navem, quid ascriptum sit; nam voluntas quæstio est, nam alteri alterius facti conditionem iunxerit quæ res efficit, vt quo ad alter cessat, alteri quoque, qui facere paratus est conditio deficiat, quod si ex his quæ scripsit, vel dixit, ostendi-*

ditur contentus esse testator, vel alterum facere res erit expedita. Nam alter faciendo, aut & sibi, & socio proderit, aut sibi tantum, prout voluisse testatorem apparuit; y laGlos.ibi:*Et dicitur si appareat testatorem censisse, aut voluisse, quod vterque simul facere; tunc vnus faciendo nihil dicitur facere, nec habebit legatum, &c.* exornat Iulius Capon.*tom.* 5. *discept.* 397. *num.* 17. *vers. Quod autem.*

344 Corrido asi el velo à la *ley Pater familias*(tan ponderada) y templada su decision con tan legal inteligencia, se convence de ineficaz el discurso que se formò sobre su contenido en favor de los derechos de la Duquesa; siquidem el gravamen de Apellido, y Armas, que se impuso al Duque por Juan de Tobar, no es dividuo, ni capaz la Duquesa de satisfacerlo por sì integramente. Y en el sentir de Acursio solo podrà cumplir por su parte, lo qual no es bastante para habilitarse successora; pero dum pendet la disputa de la voluntad de el fundador (en el dictamen mas seguro) no puede ser mas claro el convencimiento, atendidas las expresiones de Juan de Tobar, querer expressamente, que el Duque conserve sus Armas, y Apellido, y lo previene con mas especial cuydado, y precision, que à la Duquesa en la clausula tantas vezes repetida, no permite esta la succesion en otra forma, y la priva de ella, transfiriendola al siguiente en grado; luego si textos, y autoridades(en la hipotesi de personas totalmente estrañas) no permiten en estos terminos la succesion, y califican que la embaraza justamente el impedimento de el tercero, porque conspira con la voluntad de el que lo pudo disponer; quo iure se procura fundar en laDuquesa tan irregular privilegio, como quererla fabricar vn derecho superior à las leyes de la fundacion, y à la expressa fundacion de el que la hizo?

345 Compruebase mas lo hasta aqui dicho en respuesta de la oposicion de el texto, *in dict. leg. Pater familias*, en lo que previno Bigel, que traslada, y sigue D. Fernando de el Aguila, Add. ad Rox. *part.* 5. *cap.* 2. *num.* 40. his verbis: *Inde duobus legatum sub conditione, quam ab illis testator impleri voluit, deficit in vtriusque persona, licèt vnus implere paratus sit, si ab is simul implenda sit conditio, leg. si ita,* 13. *in princip. ff. de manumis. testam.* ibi: *Nisi aliud expresserit testator, & §. item quæri potest*, ibi: *Quæres efficit, vt quoad alter cessat, alteri quoque, qui facere paratus est, conditio deficiat*, eleganter Bigel *in ff. iur. civil. lib.* 34. *cap.* 6. *recep.*

cept.20.replic.6. ibi:*Nisi non in legatarij, sed in alterius personam, & potestatem conditio colata sit, hoc enim casu, si alter conditioni parere noluit, vel non possit, legatario actio denegatur, quamvis non per eum, sed per alium stet, quominus conditioni pareatur,* que es el caso preciso de nuestro pleyto; en el qual la Duquesa no satisface, ni pudiera satisfacer, con traer las Armas de Tobar; es necessaria en el Duque su marido la misma atencion; y faltando este, sugeta à la Duquesa su muger à la forçosa privacion, que la decretò el fundador.

346 Es muy proprio à este discurso el que tambien se quiso formar, exclamando, que el defecto de esta condicion, respecto de la Duquesa, es hecho de tercero, que no la debe, ni puede ser de perjuizio, para suceder. Y abstrayendo la poca certeza de esta general assercion (que pudieramos disputar) hallamos en el mismo Aguila el mas legal convencimiento, con vna distincion, que expone in additione ad Rox. *part.* 3.*quæst.*3.*num.*21. donde hablando de esta proposicion dize, que solo serà admissible, quando solo se contempla vtilidad de el legatario, ò heredero; mas quando en defecto de la condicion se atendiò al interès de otro tercero, à quien se destinò el beneficio de la disposicion, obsta con rigor el defecto de condicion, & si non stet per eum, en quien se deseò verificada, son sus palabras: *Item quia, & si verum esset admittere limitationem, dummodo, scilicèt in solam suam vtilitatem sit, relictum. Nam si alterius contemplatio sit, quæ non impleta conditio nocet, impleta prodest, relictum deficit, quia in præiudicium tertij pro impleta non habetur, & si per eum non stet. Probant textus expressi in leg. scio, 10. in princip. ff. de annuis legat. leg. vter, 23. ff. de condit. institut. leg. 1. §. si quis ita, ff. de bonor. posses. secund. tabul. in leg. in testamento, 30. ff. de condit. & demonstrat. leg. legata, 4. C. de conditionib. insert. leg. tales, 10. ff. de conditionib. & demonstrat. atque in maioratus institutione ea conditio in familiæ conservationem apposita est: ergo, &c.* Vease, pues, si la deficiencia de esta condicion por la impossibilidad de el Duque se encamina al beneficio de el Condestable, que como pariente mas immediato tiene luego llamamiento, para que le sufraguen terminantes estas doctrinas.

347 Y se corrobora tambien con lo que en caso de donacion, ò legado, hecho à la Iglesia, modal, ò condicional, se resuelve, y dize: *Quia ex facto prælati non addimplentis conditionem, quia noluit, vel non potuit Ecclesia amittit legatum, seu donationem,*

licèt ex eius parte non possit considerari defectus ad implementi, ex cap. verum, 4. de conditionib. apposit. vbi gloss. verb. Conditione donatur, de quo videndus D. Olea *de cessione iurium, tit. 2. quæst. 2. num. 2.* que cita à Graciano *discept.* 83. el qual *à num.* 37. sic fundat, & resoluit. Y siendo eficàz el argumento de matrimonio temporali ad spirituale, que es el que el Prelado contrae con la Iglesia (y esta con superior razon privilegiada) his non obstantibus, el que el Prelado su esposo, non adimpleat, seu non possit adimplere conditionem, la inhabilita el percibir dicho legado, ò donacion.

348 Nos persuadimos, que advertidos (con las juridicas reflexiones, que se ha notado) los quatro medios prevenidos por los Abogados de la Duquesa de Ossuna, para excluir la incompatibilidad (que en su informe reconocieron clara) puedan ser estimables, respecto de dexarlos convencidos con demonstraciones de legal certeza, y eficazia, que manifiestan su debilidad, y que son todas evasiones mendigadas de ingeniosos artificios, falibles, y sin aprecio; pues resumida la notoriedad tan expressa de esta incompatibilidad, comprueba la eficacissima exclusion de la Duquesa, y califica que por ella ha llegado el caso practico de el llamamiento de el Condestable, como pariente mas cercano, y siguiente en grado, à quien se encamina la succession, aun quando se ay a de governar por lo que contiene esta escriptura, que esta es cautelada por condicion, no por modo, como en contrario se dize, y en qualquiera forma haze vn embarazo poderoso à la adquisicion, y succession, que pretende la Duquesa, que es condicion puesta en la persona de el marido, como las que se confieren en otros terceros; y por todas consideraciones justa, legitima, y de precisa inescusable observancia: que las otras ponderaciones sobre si el gravamen comprehende à las hembras casadas yà al tiempo de la vacante, con la ignorancia de la Duquesa quando contraxo este matrimonio, y el hecho de tercero, cuyo defecto se dize no le puede perjudicar al seguro derecho de succeder, tienen la incertidumbre, y legales falencias que acreditan los discursos satisfactorios, que dexamos prenotados; y por ellos se haze evidente el ningun derecho de la Duquesa, aun discurriendo pos la fundacion de Juan de Tobar, que publica mas favorable, y sin valernos de lo que la resisten la de Doña Maria,

Y

y Don Juan de Tobar, ſobre que diſcurrimos antes.

349 Vencidos de eſto miſmo, y porque lo recelaron aſſi con juſta deſconfiança, ſe valieron los Abogados de la Duqueſa de la vltima ponderacion ſobre la calidad de hija de el vltimo poſſeedor, que tiene à ſu favor el caſo claro, y el que ſea dudoſo, baſta para obtener en qualquiera de las dos ocurrencias, iuxta Molin. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 37. que ſiguen ſus Add. *ad cap.* 1. §. *inter filiam, ſi de feud. defunct. content. &c.*

350 Pero eſte medio es tan dèbil, è ineficaz, como todos los demàs que han querido mover, y que comprueba la menos confiança en que ſe hallan los Abogados de la Duqueſa de los derechos que defienden, quando ſe refugian à ſemejante diſcurſo, ſin atender que aun en el juizio de tenuta, en que le quiſieron reproducir, como mas proprio de dicho juizio, no hizo el Conſejo Supremo eſtimacion alguna, como lo dexamos prenotado en el primero Diſcurſo de eſte informe; pero ademàs de ſu corto aprecio, facil de demonſtrar, es muy diſtante de los terminos de eſte pleyto, conſideradas las autoridades, y doctrinas en que conſiſte; las quales ſobre la calidad, y llamamientos de la fundacion de el Mayorazgo, aviendo duda en èl, hazen la diviſion en tres claſſes: claro en favor de la agnacion, clara la ſuccesſion regular de la hembra, y dudoſa eſta calidad; y en eſte caſo reſuelven en favor de la hija. Y la razon es in promptu, porque eſta funda de derecho en las leyes de nueſtro Reyno, 2. *tit.* 15. *part.* 2. que admite à las hembras en la ſuccesſion de el Reyno, y de todos los Mayorazgos; cuya forma de ſucceder ſe regula por aquella pauta, no teniendo expreſſa diſpoſicion en contrario. En cuyos terminos neceſsita el varon tranſverſal, que la pretende excluìr, juſtificar con notoriedad la calidad de agnacion exorvitante, en que ſe funda para obtener en qualquiera inſtancia D. Molin. *ſup. num.* 44. D. Caſtill. *controverſ.* 5. *cap.* 143. §. *vnico, à num.* 13. Mier. *de Maiorat. part.* 2. *quæſt.* 6. *num.* 97. Ramon *conſ.* 79. que eſcriviò por el Duque de Cardona, *à num.* 43. y otros muchos, que juntan los Add. del ſeñor Molin. *vbi ſupr.* & Roxas *de incompatib. part.* 1. *cap.* 6. §. *de linea agnatitia.*

351 No es de eſta esfera la duda de nueſtro pleyto, ni ſe ha ofrecido alguna ſobre la naturaleza agnaticia de las fundaciones, por donde pretende el Condeſtable; y ſolo ſe im-

impugnan estas, negando la potestad Real de concederlas contra la forma de el antiguo Mayorazgo. En esta hipotesi, ni el señor Molina, ni otro de los Autores que hemos visto, resuelve el caso dudoso en favor de la hembra, y menos contra la existencia de las facultades; antes bien (quando fuesse cierta, y prudente la duda) debe prevalecer la atencion à la suprema autoridad del Soberano, y si la asistencia de derecho (en el primer supuesto) comunica à la hija de el vltimo posseedor la ventaja de succeder en el caso dudoso, las Reales faultades tienen la misma asistencia con mas superiores motivos legales, para que (aun concedida la duda) sea inevitable su contencioso establecimiento.

352 Vltra de que los AA. referidos, que resuelven el caso dudoso en favor de la hembra, hablan en terminos de ser la duda prudencial, y tan nerviosa, que possea el entendimiento en la mayor ambiguedad, oprimido reciprocamente de los fundamentos, y razones de ambas partes con influxo tan igual, que con certeza no se pueda resolver en favor de ninguno; porque si se franqueasse la puerta à qualquiera dificultad acrea, y afectada, se harian producir infinitos fraudes, y otros ponderables inconvenientes, contra las mas especiales, y justas providencias de el Derecho.

353 Entendida, pues, la doctrina con esta templança, que previenen los DD. y la dicta la razon; no se descubre, ni halla, en que pueda estàr esta duda tan vigorosa, y de gran de entidad en la calidad de agnacion precisa, que expressan las fundaciones de Doña Maria de Tobar, y Don Juan su hijo, y defiende el Condestable. No se encuentra, porque abundan en claridad àzia este concepto. Que estas escripturas sean validas, y legitimas, para regular la succession de este Mayorazgo, lo acreditan las facultades que se ganaron para su firmeza, y las clausulas, y motivos por que se concedieron. Y dudar de la potestad defendida con los textos, razones, autoridades, y executorias, que se acordaron en el segundo Discurso, no parece razonable, y solo puede dar cuerpo à la duda el fervoroso deseo de los Abogados de la Duquesa. Si esta se intenta abultar con la Executoria de el año de 11. tambien hemos probado en el tercero Discurso, que no es de esta disputa, ni la de aquel pleyto comprehendiò las facultades de aora, ni su determinacion se encontrò

con

con la poteſtad de el Principe,calificando ſolo la obrepcion, y ſubrepcion. Y finalmente,quando todo eſto fueſſe falible, y la primera fundacion de Juan de Tobar el texto formal, por donde ſe huvieſſe de diferir la ſucceſsion de eſte Mayorazgo, tiene en ella la Duqueſa el embarazo de la incompatibilidad, ponderada, y fundada en eſte vltimo Diſcurſo, que la impoſsibilita à ſucceder, y el Condeſtable, como immediato, indubitado derecho para obtener por qualquiera de las fundaciones.

354 Bien manifieſta es à la comprehenſſon de los Abogados de la Duqueſa, la opoſicion inſanable que haze à ſus derechos, lo contra ellos fundado, y reſpondido por nueſtra parte, y lo que igualmente en eſte vltimo diſcurſo,en razon de dicha incompatibilidad, llevamos prenotado, y la ventaja de notoria juſticia, que aſsiſte al Condeſtable; y rezelandolo aſsi, con juſta deſconfiança ſe han valido de otro arrimo, que ſolo ſirve à demoſtrar la flaqueza de ſu razon, ſin otra operacion mas provechoſa.

355 Negaron verbalmente en los Eſtrados (aunque en el proceſſo no lo tienen dicho,pedido, ni ſubſtanciado) que en caſo de eſtimarſe eſta incompatibilidad(que llaman contravencion) y por ella denegar à la Duqueſa la ſucceſsion, que intenta, de eſte Mayorazgo, ſe debe conferir à ſu hija vnica Doña Maria Dominga Tellez Giron y Tobar, que ſe halla ſin impedimento, que ſe la dificulte, y la ſucceſſora immediata, ſiguiente en grado de la Duqueſa ſu madre.

356 Bien pudiera eſcuſar ſatisfacer à lo que en eſto ſe procurò fundar por los Abogados de la Duqueſa, reproduciendo ſus defenſas ſubſidiariamente en ſu hija, quando por la perſona de eſta (como lo dexo ſupueſto en el hecho) ſu curador ad litem, y quien repreſenta ſu derecho, no ha pedido, ni reproducido coſa alguna, y que eſte pleyto vnicamente, como conſta de el Auto de reviſta,ſe reduxo, à que el Condeſtable nueſtra parte, reſpondieſſe à la demanda de el Duque, pueſta en nombre de la Duqueſa, y ſu curador ad litem: (aqui) *Por lo que mirava al derecho deducido por ſu parte, y no mas, y en lo qne mirava à Doña Maria Dominga, hija de los dichos Duques, ſu curador ad litem vſaſſe de ſu derecho, como le conviene.* De cuyo Auto hago mencion,*n.6.* de eſte Informe.

357 Sin cuyo perjuizio, y dexando à la mejor censura de tan Supremo Senado, y à su recto juizio, lo que en esta parte puede corresponder, segun lo yà resuelto al estado de dicho pleyto, & vt nihil in tactum remaneat, no son necessarios muy dilatados discursos, para convencer satisfactoriamente la resistencia de Derecho, que haze oposicion à semejante intento, si solo recordar vna regla elemental certissima, y sin contradictor in dispositione iuris, que comprueba en todas las sucessiones de Feudos, Mayorazgos, y Fideicommissos, ser precisa la aptitud, y existencia, para succeder de aquel tiempo en que se causa la vacante por muerte del vltimo legitimo posseedor; dixolo expressamente el *text. in leg. intervenit, 24. ff. de legat. præstand.* ibi: *Intervenit illa quæstio, quando numero liberorum debeat esse is cui legatum datum est, vt id ferre possit à filio contra tabulas bonorum possessionem accipienti. Et placet sufficere in ea necessitudine tunc esse, quando dies legati cedit, cap. si eo tempore, de rescript. in 6.* Y por lo qual todos los DD. convienen, y afirman, que la persona, que entonces, ò no avia nacido, ò no tenia las qualidades succesibles, licèt ex post facto nascatur, no puede pretender derecho alguno al Mayorazgo, de quo videndi D. Molin. *lib. 3. cap. 10. à num. 1.* vbi Add. Giurb. *de feudis, §. 2. gloss. 4. à num. 46.* Castill. 5. *controvers. cap. 91. per tot.* D. Solor. *de iure Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 18. num. 90* Valencia *illustrium iuris, in leg. Gallus, ff. de liber. & posthum. cap. 2. num. 9.* Barbos. *de iur. Ecclesiast. lib. 1. cap. 8. num. 137.* Roxas *de incompatibilit. part. 1. cap. 4. num. 25.* Olea *de ceff. iur. tit. 3. quæst. 4. num. 1. & 2.* cum plurib. Pegas *de maiorat. cap. 9. num. 131.*

358 La razon de todos los AA. referidos consiste, y la reconocen en la velocidad de la ley de Toro, y promptitud con que transfiere la possesion de el Mayorazgo, illicò que muere el posseedor, en el que se halla mas cercano capàz de succeder, segun la fundacion. En este radica la possesion, y en su linea de èl, taliter, que el que despues nazca otro mas privilegiado, y que debiera preferir, existiendo quando se causò la vacante, no puede retrotraer los efectos precisos de la ley, ni obstar à aquel en quien fue operativo el transito de la possesion; porque este influxo de la ley Real, no es tractable, ni se puede suspender solo vn instante en aquel mismo que muere; el que possee se encamina à buscar el legitimo, è immediato successor, discurriendo por las

las lineas, y classes mas propinquas hasta que le encuentra, y adorna de la possession civil, y natural de el Mayorazgo, la qual legitima en su persona, y con derecho tan fixo, que ninguno otro, por mas ventajas que adquiera posteriores à este acto, se la podrà revocar, ni persuadir, quod vllo instanti, nec momento, estuvo suspensa la succession, para incluirse con daño de aquel. Lo qual publican las doctrinas que dexamos acordadas, y se tiene por proposicion, *æternæ veritatis*, en la sugeta materia de Mayorazgos.

359 Considerese, pues, para la aplicacion de estas reglas, què proposiciones nos ofrecen los Autos, y con breve reflexion à ellos, resulta, y se acredita por hecho constante, que vacò este Mayorazgo, como los demàs posseìdos por el señor Condestable Don Iñigo Melchor Fernandez de Velasco, padre que fue de l a Duquesa, por muerte de dicho señor, que fue en 26. de Septiembre passado de 1696. y la hija de los Duques Doña Maria Dominga, naciò el dia 23. de Diziembre de 1698. veinte y siete meses duespes de fallecido el vltimo posseedor, cuya vacante diò motivo à este litigio; de forma, que tunc temporis, Doña Maria Dominga no estava nacida, ni engendrada, ni lo estuvo muchos meses despues, atendido el cotejo de los tiempos: quando nace ay yà successor legitimo, y cierto en la mente de la ley Real; por ella tiene, y se le transfiriò la possession civil, y natural deste Mayorazgo inretractable, y por todas cõsideraciones firme, perpetuada en su persona, y descendencia. En el Consejo, en el juizio de tenuta, solo fue interprete de lo que la ley decreta, explicando su mente con declarar la persona à quien beneficiaron sus influxos possessorios. Por lo qual la sentencia se contiene en declarar, que desde la vacante se transfiriò la possession en la persona à quien estima legitimo successor, y le confiere la tenuta con los frutos, y rentas desde aquel tiempo, que es lo que hallamos resuelto en dicha sentencia de tenuta, y estimò legalmente el Consejo, por no aver aptitud de poder practicarse estas especialidades en Doña Maria Dominga Tellez Giron, que nace mas de dos años despues de la vacante, ni podia succeder ex tunc, pues no estava in rerum natura, ni con las calidades de succeder, ni pedir dicha tenuta; y finalmente no capàz de poderse formar la sentencia en su favor, sin sugetarla à infinitas legales implicaciones, alte-

rando los mas ciertos principios de el Derecho, à que atendiò
en todo el SupremoConsejo, declarando la tenuta por su sen-
tencia, como lo hizo à favor, y en la persona de el Condes-
table, sin hazer estimacion, ni aprecio para dicha succesion
de la Duquesa, ni dicha su hija. Con que mucho menos pue-
de en este juizio de propiedad hazer representacion, que sea
estimable la dicha Doña Maria Dominga Tellez Giron, ni
obstativa en forma alguna al Derecho claro, que assiste al
Condestable.

360 Y aun en terminos que Doña Maria Dominga se
hallasse nacida al tiempo que vacò este Mayorazgo, fuera
muy dificil la inclusion que pretende, y en lo legal imposi-
ble, atendida la causa, que haze oposicion à los derechos de
la Duquesa su madre; porque regulada, y motivada esta de
la propuesta incompatibilidad, se subsigue, que su impedi-
mento, no solo influye en el actual posseedor, para que en su
persona no se puedan vnir los dos Mayorazgos; sino que es
transcendental à su descendencia, respecto de que la impos-
sibilita formar linea de succesion en el Mayorazgo que no
puede tener, vt cum D. Cast. Pegas, & Larrea, *iam probavimus*
ex eo, que la incompatibilidad contiene virtualmente vna
contravencion real, y lineal, cuyos efectos obran tan preci-
sa, como la exclusion de la persona, en quien se causa la mis-
ma en su linea, y descendencia. Y en la incompatibilidad que
decreta la *ley* 7. *tit*. 7. *lib*. 5. *Recop*. quando se llegan à juntar
por matrimonio dos Mayorazgos, cuyas rentas exceden de
dos quentos de maravedis al año, es regla admitida de todos
los AA. por la qual resuelven el nungun derecho de los hijos
de el primogenito, en competencia de el hermano segundo,
sic docent D. Molin. *lib*. 3. *cap*. 7. *à num*. 1. vbi Add. Robles *de re-*
presentat. lib. 2. *cap*. 1. *à num*. 18. Cast. 3. *controvers. cap*. 19. *ex*
num. 181. Rox. *part*. 8. *cap*. 5. *à num*. 56. & ibi Aguila D. Larr.
decis. 51. *num*. 18. D. Vela *disert*. 49. *num*. 39. y otros muchos,
que acuerdan, y fundan con sus dictamenes la exclusion mas
absoluta de Doña Maria Dominga Tellez Giron, y la resisten-
cia de derecho, que haze intratable su pretension, aun pres-
cindiendo de el tiempo en que la deduce inadmissible por
todos medios.

361 Y se descubre, que el vnico, y total empeño con
que los defensores de la Duquesa han procurado disuadir es-
ta

ta incompatibilidad, y querido demonſtrar que ſolo tienen proporcion al caſo de eſte pleyto las reglas de contravencion, es dirigido al fin de hazer mas tolerable la repreſentacion de la recien nacida, porque (ſuponiendo eſte caſo que en ſi quieren idear) ponderan que en qualquiera ocurrencia de contravenir el ſucceſſor à los preceptos de la fundacion, y Mayorazgo; por lo qual ſe diò motivo à ſuſcitar el llamamiento poſterior de el mas cercano immediato conſanguineo, y que eſte pretenda ſucceder ex iſto capite, y ſobre ello ſe litigue formalmente en juizio contencioſo, ſi en eſte tiempo, antes de pronunciar ſobre la contravencion ſentencia difinitiva, naciere vn hijo al poſſeedor contraveniente, eſte repreſenta vn derecho ventajoſo al de el tranſverſal mas proximo, y por èl ſe le debe conferir el Mayorazgo con excluſion de aquel; en cuya comprobacion ſe ponderan las doctrinas de Roxas *part.* 5. *cap.* 2. *à num.* 58. D. Olea *de ceſsione iurium, tit.* 3. *quæſt.* 4. *num.* 19. Pegas *de maioratib. tom.* 2. *cap.* 4. *num.* 99. el ſeñor Molin. y otros que citan: arguyendo con eſte fundamente, que la diſputa de eſte litigio es de contravencion al gravamen de Juan de Tobar, y que aviendo nacido lite pendente Doña Maria Dominga, ſe ſufraga de eſtas doctrinas para preferir al Condeſtable en la ſucceſsion.

362 En el aſylo de eſte vnico fundamento afiançan los derechos de la hija de los Duques de Oſſuna, y es el motivo de ſu repreſentacion à eſte juizio; mas tan dèbil, y ſin aprecio, como demonſtrarà ſu ſatisfaccion en las conſideraciones ſiguientes. La primera ſe deduce de la poca ſeguridad, con que ſe declaran los AA. en favor de el hijo, que nace ante ſententiam, y la firmeza con que decretan ſu excluſion, y la preferencia de el tranſverſal, muchos de autorizado credito, vt videre eſt per Giurb. *in conſuetud. menſanenſ. cap.* 1. *gloſ.* 4. *num.* 106. *&* 114. Horat. Barbat. *de fideicom. part.* 3. *cap.* 3. *à num.* 72. D. Solorç. *de iure Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 19. *num.* 37. y todos conſpiran en conocer, que la opinion favorable al hijo ſe funda en vna equidad poco ſegura, y contraria formalmente à la diſpoſicon legal, y por eſſo ſe explica contra ella Aguila ad Roxas *dict. cap.* 2. *num.* 22. ibi: *Limitatur quinto, niſi qui tempore delatæ ſucceſsionis proximior erat, non dum ocupaverit ſucceſsionem, nec Fideicommiſſum, vel Maioratum agnoverit; nec enim adhuc integrè natus, ſi proximior ſit, illum excludet;* Fuſar. *de ſubſti-*

tutionib. quæst. 318. *num.* 100. *& alij infrà referendi, qui natum pendente lite super successionem admittunt. Vnde sivè culpa proximioris vacans manserit Maioratus, sivè quia lite super eius successione impeditus sit, dicendum est à postea natu eum esse excludendum. Sed hæc limitatio, eodem tempore, quam præcedens, vitio laborat; & in Maioratus successione dubia maximè est hæc sententia, propter illicò à morte vltimi possessoris translatam possessionem in successorem, &c.*

363 Lo segundo; el que la doctrina presupuesta tiene
muchos embarazos legales que la resisten, y solo se autoriza
de alguna equidad, y congruencia menos eficaz para esta-
blecer indemnes los derechos de la hija; pero reparan los Au-
tores mismos, que la fundaron, en vna distincion, con que la
moderan; considerandola justa quando la contravencion del
posseedor se causa de su hecho proprio, y quando es personal
el impedimēto que obra, y no passa al hijo su operacion obs-
tativa: Mas quando la contravencion es real, y sus efectos al-
cançan à la descendencia, porque aquel defecto in radice im-
pide à los hijos, y à la linea toda, como al mismo que contra-
viene, entonces el hijo q̃ nace lite pendente, viene de la mis-
ma forma excluìdo, que lo estava su padre contraventor, y en
èl no procede la favorable equidad de la opiniō excluìda, an-
tes enseña lo contrario, decretando su inadmission los Auto-
res citados antes, y otros muchos que refieren, vt per D. Cast.
3. *controu. cap.* 15. *num.* 63. Giurb. *de feudis*, §. 2. *glos.* 6. *num.* 75.
Larrea *decis.* 34. *num.* 38. *& decis.* 51. *num.* 6. *cum sequentib.* Ma-
tute *disquisit. legal.* 36. *à n.* 1. plures apud D. Oleam *dict. quæst.* 4.
num. 20. ibi: *Qui aliud esse asserunt, si contraventio, ex qua pater privandus veniret Maioratu, non personalis, sed realis esset, quæ in filios etiam influere*; videndus D. Cresp. *observat.* 22. *à n.* 72.

364 Quando el posseedor por su voluntario hecho con-
traviene, y se sugeta à la privacion de el Mayorazgo, està
bien q̃ se subrogue el hijo nacido lite pendente, y que la equi-
dad de las leyes le patrocinen; porque no quede al arbitrio
imprudente de el padre defraudarle la succession, como con-
sidera Aguila *vbi supr. num.* 38. empero si la contravencion no
pende de estas voluntarias operaciones, sino de la contraven-
cion de los preceptos de vna, y otra fundacion, como esta, es
real, inficit lineam, y obra en toda la posteridad, *vt per citatos suprà, & fuit decissum apud D. Larream dict. decis.* 51. *num.* 16. ibi: *Semper realem censuit, & incompatibilitas bona committetur, & non esse*

eſſe admitendos ad ſucceſsionem incompatibilem deſcendentes primogeniti; ſed fratrem, & vlteriorem alterius lineæ, &c. de aì es, que no ay capacidad à la admiſsion de el hijo, ò hija que naciò en tiempo de la forenſe controverſia, y ſerà juſtamente preferido de el tranſverſal; pues ſiendo la actual diſputa ſobre la incompatibilidad de eſtos dos gravamenes (de que yà hablamos antes) ſin contravencion por hecho proprio de la Duqueſa, ni del Duque ſu marido, ſino por preciſsion de las clauſulas de el Mayorazgo de Oſſuna, que ſe contradicen con las de Tobar en lo reſpectivo de Apellido, y Armas, ſe ſigue preciſſamente (por las reglas anteriores) ſer caſo de excluſion real à la Duqueſa, y à ſu linea, y por ella litigar tan ſin ningun derecho ſu hija, como es deſeſtimable el que patrocina la madre.

365 Y aun es mas dificil la repreſentacion que por sì haze Doña Maria Dominga, reſpecto de la calidad con que ſe halla de immediata ſucceſſora al Eſtado de Oſſuna, que repreſenta actualmente, como hija vnica que ſe halla de el Duque ſu legitimo poſſeedor; porque eſta aptitud, y linea habitual en que ſe halla (por las expreſsiones de aquella fundacion) à traer otras Armas, ni Apellido, que los Girones, y à poſſeer otro Mayorazgo de qualquiera Caſa titulada, ni aun proximidad de ſucceder en ella, omnimodamente la reſiſte, como ſe vè prevenido por voluntad expreſſa de el Conde de Vreña, que le fundò, ibi: *Quiero, è mando, y es mi voluntad, que qualquier perſona de mis deſcendientes, è tranſverſales, que en eſte Mayorazgo huviere de ſucceder, ſegun las dichas condiciones, que aya de traer, y trayga las dichas mis Armas; y Apellido de los Girones, como, y de la manera, y con las miſmas penas de ſuſo declaradas; y nò ſea tal que aya avido, ò aya de aver Caſa, ò Mayorazgo do al preſente tenga, ò aya tenido titulo de Duque, Conde, Marquès, ò Almirante, ſegun, y de la manera que en algunas partes, y capitulos de ſuſo contenidos tengo declarado. Porque mi intencion, y voluntad es, que aquello ſe guarde vniverſalmente en todos aquellos, y aquellas que en eſte dicho mi Mayorazgo huviere ſuccedido, ò pudiere ſucceder.* Con que por ſolo eſte embarazo (quando ſe pudieran ſalvar todos los otros, que arruynan ſu pretenſion) tiene manifieſta reſiſtencia de derecho; y mas forçoſa inaptitud de ſucceder oy, que la Duqueſa ſu madre, atendidas las palabras de dicha clauſula, en las quales el fundador excluyò de ſu Mayorazgo à el

actual posseedor de otro que tuviesse titulo de Duque, Conde, Marquès, ò Almirante, no solo en la linea actual, sino en la habitual, y proximidad de poder tenerle, con que repugna à toda buena razon, el que la hija de el Duque, que se halla en la linea habitual immediata successora al Mayorazgo de su padre de los Girones, quiera hazer pretension al Marquesado de Berlanga, quando la fundacion de el Mayorazgo, que dicho su padre goza, se lo prohibe con voluntad tan manifiesta, y expressa, como lo demuestra su clausula; en cuyos terminos, ni las disposiciones legales lo permiten, iuxta latè tradita per Roxas *de incompatibilitat. part. 3. cap. 2. per totum*; y con mayor expression *part. 7. cap. 6. per tot.*

366 Y por vltimo, examinada mas dicha equidad, atendida de algunos Autores, y los terminos en que discurren, para decretar privilegios de succeder al hijo, que naciò durante el pleyto de contravencion, se manifiesta la estraña, y violenta impropriedad con que se quieren aplicar estas doctrinas al caso practico de este pleyto; porque en el concepto de los Doctores que las autorizan, se advierten distinguidos dos casos de immediata distancia, y de especialidades muy contrarias. El primero es, quando el actual posseedor, despues de su quieta possession, contraviene à las providencias de la fundacion, y con este motivo el immediato transversal (que por la contravencion tiene llamamiento) y le pone demanda, pretendiendo se le prive de la succession, y pendiente este juizio, antes de su final determinacion, tiene vn hijo el demandado por dicha contravencion, à el qual estiman con derecho ventajoso, para preferir al pariente, que litigava por la equidad de derecho ponderada, y son los terminos en que habla Roxas *dict. cap. 2. à n. 59.* D. Molin. *lib. 3. cap. 10. n. 44.* Flores de Mena in Add. ad Guzman *decis. 27.* Hermosill. *in leg. 44. tit. 5. part. 5. glos. 3. à num. 1. & glos. 4. num. 13.* Fusar. *de substit. quæst. 318. num. 118.* D. Olea *dict. quæst. 4. num. 21.* D. Castill. *dict. lib. 5. cap. 91. à num. 51. vsque ad 58.* & alij plures per Aguila ad Rox. *dict. cap. 2.*

367 Y no ignoramos, ni se dificulta la razon de derecho en que se fundan estas resoluciones, porque radicada la succession en vna persona, no se abdica por hecho de contravenir; es necessaria la declaracion, y difinitiva sentencia, y hasta que esta califica la contravencion

cion por cierta, y bastante, se continùa posseedor legitimo el que contravino, por ella se executorìa la vacante, y se transfiere la possesion del Mayorazgo al que entonces existe mas proximo successor. Y antes de este termino hoc ipsum quæritur,& disceptatur,si ay,ò no contravencion,que motive la vacante, y el transito al immediato; y como en aquel caso ocupa este lugar el hijo, que naciò en los intermedios de el litigio, ex eo prefiere justamente al transversal,vt notavit Aguil. *vbi supr.n.*44.*in fin.*ibi:*Pendente enim iuditio contraventionis hoc ipsum quæritur, an contraventio commissa sit, & ante declarationem successor manet contraveniens,ne Maioratus transferatur.* Conducit etiam D. Olea *de ceff. iurium*, in Add. *dict. quæst.*4. *post finem quæstionis, num.*3.

368 El segundo caso à que se proporcionan las anteriores reglas(y es formalmente el de nuestro pleyto)es quando vaca el Mayorazgo por muerte natural de el que le posseìa; y entre los que disputan la succesion, ocurre la contravencion ante acta de alguno à los preceptos substanciales de el fundador, por cuyo hecho se inhabilitò à poder succeder, motivando al que tunc temporis se halla immediato, la operacion de su posterior llamamiento, y que con este fundamento litigue la tenuta, quo iuditio pendente, naciò vn hijo à el que prefiriera, no aviendose im pedido, con lo que contravino. En esta hipotesi no proceden los favores de el hijo, decretados por la expressada equidad de Derecho, sino es que la voluntad de el fundador se exprima con claridad en su conveniencia, ordenando, que succeda este hijo,etiam nacido despues que difiriò la succesion à el transversal consanguineo,sic prænotant DD.iam relati,& Molin.*dict.cap.*10. *per tot.vsque ad num.* 44. & ibi his verbis: *Sed quamvis hæc omnia, quando Maioratus succesio ex morte vltimi eiusdem successoris defertur, vera sit, atque frequentissimè sic intelligi, atque practicari soleant.* Et ibi Add.Rox. *dict.cap.*2.*à num.* 72. & melius *numero final*, ibi: *Cæterum in alijs casibus, quando non appareat de voluntate institutoris, secundum eius dispositionem; veluti quando post mortem vltimi possessoris vocatus est proximus consanguineus; tunc admittenda est prima opinio. Castill.dict.cap.*91.*num.*47. *D.Solorç.dict. cap.*19. *num.*40.*cum D. Olea, Aguil. & Pegas iam relatis.*

369 Esta justa diversidad proviene de dos motivos muy legales; el vno, que insinua D. Olea *dict. num.* 20. con-

 tem-

templando neceſſario à los derechos ſuccefsibles de el hijo, que en ſu padre haga aſsiento, radicada la ſuccefsion, *argu-ment. text. in leg. Titius vſufructus, 96. ff. de conditionib. & demonſ-trationib.* ibi: *Quia conditio, nec initium accepit; leg. Seia, 44. ff. de bonationib. cauſ. mort.* ibi: *Quæ non dum in perſona filiorum initium acceperat.* Videndus D. Solorç. *dict. cap. 19. num. 37. cum multis ab eo laudatis.* Los qual es reconocen, que ſin eſte forçoſo requi-
ſito no es practicable la equidad, que patrocina al hijo na-
cido poſteriormente. El otro ſe ofrece en la preciſa, y promp-
ta operacion de los actos humanos, eſpecialmente en las vl-
timas voluntades, las quales, nec per momentum, ſe pue-
den tener ſuſpenſas, debiendo obrar la delacion de heren-
cias, Fideiccommiſſos, y Mayorazgos, illicò, que fallece el
teſtador, ò vltimo poſſeedor, por quien ſe cauſa la vacante, *leg. fin. ff. commun. prædior. in fin.* ibi: *Nec enim ſicut viventium, ita, & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſt; leg. ſi vſufructus, 26. ff. de ſtipulat. ſervor.* ibi: *Stipulatio autem pura ſuſpendi non poteſt.* D. Olea *dict. quæſt. 4. num. 14.* D. Mel chor de Valent. *illuſtr. iuris, lib. 3. tract. 4. cap. 2.* D. Solorç. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 2. n. 35.* Antun. *de donationib. Regijs, lib. 1. prælud. 2. §. 2. num. 138. & part. 2. cap. 29. num. 70.* D. Molin. Caſtill. & Roxas *vbi ſupr.* & omnes alij apud Aguil. eius Add. *ad dict. cap. 2. num. 27.*

370 Con las doctrinas preſupueſtas ſe demueſtra con
evidencia la equivoca falible aplicacion de las que ſe quie-
ren comular en favor de la ſuccefsion actual de Doña Maria
Dominga Tellez Giron, hija de los Duques (aunque fuera eſta
diſputa ſobre formal contravencion por hecho de la Duque-
ſa) porque eſta no ha poſſeìdo, ni poſſee legalmente eſte Ma-
yorazgo, ni la vacante de oy ſe ha originado de poſterior
contravencion; vacò (como llevo repetido en varias partes, y
es notorio) por la muerte de el ſeñor Don Iñigo Melchor,
vltimo Condeſtable, y poſſeedor. Entonces ſe transfiriò la
poſſefsion por miniſterio de la ley ſin la ſuſpenſion de ſolo
vn inſtante. No pudo detenerſe en la Duqueſa, que ſe halla-
va incapàz, quanto impoſsibilitada à ſatisfacer el precepto
de Apellido, y Armas, en la forma decretada por Juan de
Tobar, con que paſsò ſu velocidad en buſca de el mas proxi-
mo conſanguineo, en quien practicar ſus efectos poſſeſſo-
rios. Eſtava el Condeſtable aſsiſtido de eſta prerrogativa, y
conſiguientemente habil à conſeguir eſte beneficio, por el
qual

qual quedò desde entonces legitimo successor legal de este Mayorazgo. No ây voluntad clara (antes se deduce contraria) que favorezca al hijo posteriormente nacido, preservandole sus derechos succesibles, con prevenir retractable la adquisicion de el transversal. En cuyos terminos, por dictamen conforme de los Autores, no procede la equidad, ni la atencion al hijo, cuyo derecho cede à el de el pariente, que succediò por mas proximo en aquella ocurrencia: Luego (aun en las mismas doctrinas, y terminos que se ponderan) tiene la pretension de la hija de los Duques la mayor oposicion à las leyes, y la resistencia considerada por los Autores citados, que la estiman inadmissible, ac per consequens destituìda de hazer representacion, que sea estimable, en este juizio, ni pueda alterar, ni modificar en cosa el manifiesto derecho, que le assiste al Condestable, ni le queda medio por donde rezelar se atienda, como notoria, su razon, y justicia, para obtener en la absolucion de dicha demanda, y demàs que tiene pedido, è introducido.

371 Y concluyo con lo que dixo el Doctissimo Ciriaco, en la *controversia* 310. en defensa de sì mismo, y con que la fenece, y acaba, ibi: *Ex his puto satisfactum motivis adversariorum, quibus vti longis, longior fuit necessaria scriptura.*

Ex quibus omnibus, y principalmente de lo que tan Supremo Senado tiene mejor previsto en esta causa, espera el Condestable obtener la absolucion de la demanda, que le està puesta, y se determine en todo à su favor. *Salva in omnibus D. V. D. C.*

Lic. D. Francisco de Torres y Olvera.
Advocatorum Pinticinæ Chancellariæ Decanus.

An. ad 38. La ssna de Tenuta á favor del Condesta-
ble es grabe fundamto pa el Juicio de Propiedad avi-
endose legal y plenamte litigado con los mismos mo-
tivos Juridicos en el consejo.